

Dietrich Winkhaus

Die Aufklärungspflicht bei ärztlichen Eingriffen
als zivilrechtliches Problem

1970

1969





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555428_0007



Die Aufklärungspflicht bei ärztlichen Eingriffen

als zivilrechtliches Problem

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch die Juristische Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von
Dietrich Winkhaus

aus
Lüdenscheid

1970



1. Berichterstatter:

Prof. Dr. H. Westermann

2. Berichterstatter:

Prof. Dr. Th. Lenckner

Dekan:

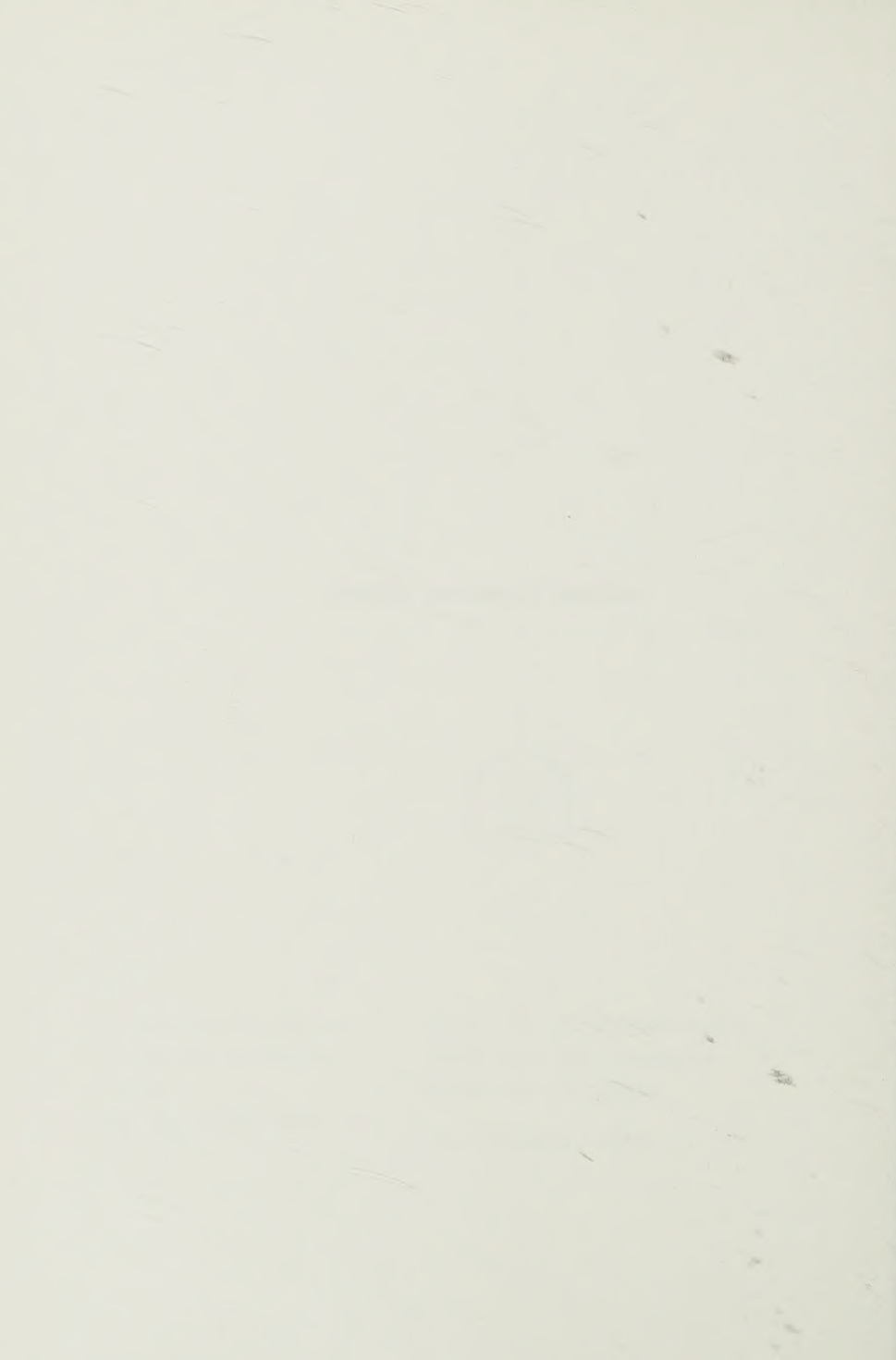
Prof. Dr. W. Stree

Tag der mündlichen
Prüfung:

18. Dezember 1969

MEINEN VEREHRTEN ELTERN





Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
A. Die Grundlagen der Aufklärungspflicht bei ärztlichen Eingriffen	3
I. Die Aufklärung in Beziehung zum ärztlichen Eingriff	5
1. Der ärztliche Eingriff	5
a) Der Heileingriff	5
b) Andere medizinische Eingriffe	5
2. Die Rechtsfolgen des ärztlichen Eingriffs	6
a) Der ärztliche Eingriff als Körperverletzung im Sinne von § 823 I BGB	6
b) Der ärztliche Eingriff als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Sinne von § 823 I BGB	8
c) Die Bedeutung und Abwägung dieser Auffassungen	9
3. Die Verbindungslinie zwischen Aufklärung und Einwilligung	12
a) Die rechtliche Wirkung der Einwilligung	13
aa) Die Einwilligung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung	14
bb) Die Einwilligung als rechtsgeschäftsähnliche Willenserklärung	14
b) Die Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung	15

II. Die Aufklärung bei ärztlichen Eingriffen als Rechtspflicht und als Obliegenheit	18
1. Allgemeine Überlegungen zur Begründung einer Aufklärungspflicht	18
a) Die Aufklärungspflicht im Rahmen eines Arztvertrages	20
b) Die Aufklärungspflicht außerhalb vertraglicher Beziehungen	21
2. Die Aufklärungsobliegenheiten	24
a) Die Aufklärungsobliegenheiten in Bezug auf das Selbstbestimmungsrecht	25
b) Die Aufklärungsobliegenheit in Bezug auf die "ethische Heilverpflichtung" des Arztes	27
3. Die vertragliche Aufklärungspflicht	30
a) Der Rechtscharakter des Arztvertrages	30
b) Der Gegenstand des Vertrages	32
c) Die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag	33
aa) Die Hauptpflichten und Rechte	33
bb) Die Aufklärung als vertragliche Nebenpflicht	34
a ₁) Die Aufklärung über den Eingriff in Bezug auf das Arzt-Patienten-Verhältnis	36
a ₂) Die Bedenken gegen eine vertragliche Aufklärungspflicht	38
4. Das Verhältnis von vertraglicher Aufklärungs- pflicht und Aufklärungsobliegenheit	41
a) Die Bedeutung der Aufklärungspflicht gegenüber der Aufklärungsobliegenheit	41
b) Die Bedenken gegen eine Begründung einer ausschließlichen vertraglichen Aufklärungs- pflicht	43
III. Ergebnis	50

B. Der Umfang der Aufklärungsobliegenheit und der Aufklärungspflicht	53
I. Die Problematik der Umfangsbestimmung	54
1. Die Abgrenzungskriterien in Rechtsprechung und Literatur	55
2. Die Bedenken gegen die Inhaltsbestimmung der Aufklärung des BGH	63
3. Die neueren Vorschläge für eine Umfangsbestimmung	67
a) Die Statistik als Inhaltsbestimmung	69
b) Die Heilmittel-Zweckrelation	70
II. Der Umfang der einwilligungsrelevanten Aufklärung	74
1. Allgemeine Kriterien für den Umfang der Aufklärung	75
2. Die Grenzen der Aufklärung	77
3. Die Beschränkbarkeit der Aufklärungspflicht	82
III. Ergebnis	87
C. Der Anspruch auf Erfüllung der Aufklärung	89
I. Die Aufklärungspflicht als Nebenleistungspflicht	89
II. Die Aufklärungspflicht als Sicherungspflicht	94
III. Die Geltendmachung des Anspruchs auf Aufklärung	95

D. <u>Zivilrechtliche Einzelfragen</u>	98
I. Die Einwilligungsberechtigten	98
II. Die Aufklärungsempfänger	101
III. Die Ansprüche bei Verletzung der Aufklärungs- obliegenheit und der Aufklärungspflicht	106
1. Die Anspruchsgrundlagen bei Verletzung der Aufklärungsobliegenheit und der vertragli- chen Aufklärungspflicht	106
2. Das Problem des Schadens bei Verletzung der Aufklärungsobliegenheit und vertrag- lichen Aufklärungspflicht	108
a) Der eigenmächtige und erfolglose Ein- griff	108
b) Der eigenmächtige und erfolgreiche Ein- griff	110
c) Sonstige Fälle	114

Literaturverzeichnis

Arndt, Adolf	Umwelt und Recht (kleine Beiträge), in NJW 1963, 2064
Baumann, Jürgen	Körperverletzung oder Freiheitsdelikt, in NJW 1958, 2092
Bockelmann, Paul	Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in NJW 1961, 945
Boehmer, Gustav	Zum Problem der "Teilmündigkeit" Minderjähriger; Bem. zum Urteil des BGH, in BGHZ 29, 33 ff in MDR 1959, 707
Böth, Friedrich	Das wissenschaftliche medizinische Humanexperiment, in NJW 1967, 1493
Bosch, F.W.	in FamRZ 1959, 202, Anmerkung in BGHZ 29, 33
Deutsch, Erwin	Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, in NJW 1965, 1985
Eberhardt, Dietrich	Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht Frankreichs und Deutschlands, Karlsruhe 1968
Engisch, Karl	Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, Jena 1958 Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, in ZStW 58, 1 Arzt und Patient in der Sicht des Strafrechts, in Juristische Praxis 1965, 1
Enneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 2. Halbbd., 15. Aufl., Tübingen 1960
Enneccerus-Lehmann	Lehrbuch des Schuldrechts, 15. Bearb. Tübingen 1959

- | | |
|-------------------|--|
| Erman | Kommentar zum BGB, Bd. I, 3. Aufl., Münster 1962 und 4. Aufl. Münster 1967 |
| Esser, Josef | Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 3. Aufl., Karlsruhe 1968
Bd. II, 3. Aufl., Karlsruhe 1969 |
| Friedrich, Martin | Die Aufklärungspflicht des Arztes, in VersR 1954, 329, 380 |
| Geilen, Gert | Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Köln 1963 |
| Grünwald, Gerald | Die Aufklärungspflicht des Arztes, in ZStW 73,5
Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht in Arzt und Recht Herausgeg. von H. Göppinger, München 1966
Die Entbehrlichkeit der Einwilligung und Aufklärung bei Heilbehandlungen nach dem StGB-Entwurf von 1962, Heidelberg 1965 |
| Hand, Günter | Der Bundesgerichtshof und die Medizin, in Rspr. z. Wiedergutmachungsrecht 1965, 145 |
| Hess, | Die Aufklärungspflicht, in Deutsches Ärzteblatt 1968, 2077 |
| Hinderling, Hans | Die ärztliche Aufklärungspflicht, in Zt. f. d. ges. gerichtl. Medizin 1966, 2 |
| Hörstel, R. | Wird die Würde des Menschen durch psychologische Untersuchungen im Auftrage der Verwaltung ange tastet? in DVBl 1964, 1009 |
| Jagenburg, Walter | Umfang und Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in Der deutsche Arzt 1966, 59 |
| Jaspers, Karl | Die Idee des Arztes, in Ärztliche Mitteilungen 1953, 476 |

- Junghanns, Herbert Die Aufklärungspflicht des Arztes, in Die Aufklärungspflicht des Arztes, Köln, Berlin 1962
- Kaufmann, Arthur Die eigenmächtige Heilbehandlung, in ZStW 73, 341
- Keller, Siegfried Krebstherapie als Rechtsfrage, in NJW 1963, 381
- Kleinewefers, Herbert Umfang und Grenzen der Aufklärung des Patienten über ärztliche Maßnahmen und ihre Folgen, in Die Aufklärungspflicht des Arztes, Köln, Berlin 1962
Zum Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient, in VersR 1963, 297
Die Aufklärungspflicht des Arztes und die Rechtsfolgen ihrer Verletzung, in VersR 1964, 349
- Kohlhaas, Max Die rechtfertigende Einwilligung, in NJW 1963, 2348
Buchbespr. Geilen, in NJW 1964, 2201
Elterliche Einverständniserklärung bei der Behandlung Minderjähriger in selbständiger Stellung, in MMW 1966, 2174
Rechtsfragen zur Transplantation von Körperorganen, in NJW 1967, 1489
Lebensrettung wider Willen, in MMW 1967, 2176
Nach wie vor Rechtsunsicherheit in der Frage der Sterilisation, in NJW 1968, 1169
- Kohlrausch-Lange Kommentar zum StGB, 43. Aufl., Berlin 1961
- Kraatz, H., u.a. Ärztliche Aufklärungspflicht und Schweigepflicht, Symposion d. Kl. f. Medizin d. Dt. Akademie der Wissenschaften, Jena 1967

- Krüger, Hildegard Grundrechtsausübung durch Jugendliche und elterliche Gewalt, in FamRZ 1956, 329
- Larenz, Karl Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, 7. Aufl., München, Berlin, 1964
Bd. II, 6. Aufl., München, Berlin, 1964
- Laufs, Adolf Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht in NJW 1969, 529
- Lenckner, Theodor Das Einsetzen ärztlicher Tätigkeit, in NJW 1965, 322
Die Einwilligung Minderjähriger und deren gesetzlicher Vertreter, in ZSt. 72, 446
- Leipziger Kommentar Kommentar zum StGB, 8. Aufl., 1958
- Louven, Klaus Gedanken zur ärztlichen Aufklärungspflicht, in DRiZ 1965, 392
- Mähler, Gisela Selbstbestimmung des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im deutschen und französischen Zivilrecht jur. Diss., München 1964
- von Mangold-Klein Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., Berlin, Frankfurt, 1957
- Martin Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung der ärztlichen Aufklärungspflicht, in DRiZ 1962, 297
- Maunz-Dürig Kommentar zum Grundgesetz, München 1968
- Maurach, Reinhart Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1965; Bes. Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1964
- Müller, Gertrud
und Neidhardt, Karl Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche Aufklärungspflicht in der Sicht des Arztes und des Juristen, in NJW 1956, 1097

- Niese, Werner Ein Beitrag zur Lehre vom
 ärztlichen Heileingriff in
 Festschrift für E. Schmidt,
 Göttingen 1961, S. 364
- Ohm, Karl Die Aufklärungspflicht des
 Arztes, in VersR 1959, 314
- Palandt, Kommentar zum BGB, 27. Aufl.,
 München, Berlin 1966
- Peller, Sigismund Krebsbekämpfung und Freiheit
 der Behandlung, in NJW 1963,
 1655
- Petersen, Peter Die Haftung des Arztes in der
 Rspr. des BGH, in DtRiZ 1962,
 233
- Perret, Wolfgang Die Aufklärungspflicht des
 Arztes vor operativen Eingrif-
 fen, in Zbl. f. Chirurgie
 1941, 50
 in Medizinische Klinik 1959, 138
 in Medizinische Klinik 1960, 1205
- Ponsold, Albert Lehrbuch der gerichtlichen Medi-
 zin, 2. Aufl., Stuttgart 1957
- RGRK-Kommentar Kommentar zum BGB, 11. Aufl.,
 Berlin 1959
- Reitelmann, Alexander Die ärztliche Aufklärungspflicht
 und ihre Begrenzung, jur. Diss.,
 Hamburg 1965
- Roemer, Hans Zur Aufklärungspflicht des Arztes
 gegenüber Kranken, in JZ 1960,
 137
 Die ärztliche Aufklärungspflicht
 vom Standpunkt und aus der
 Erfahrung des Arztes in Juristi-
 sche Studiengesellschaft,
 Schriftenreihe Heft 50/51
- Savicki, Jerzy Die Aufklärungspflicht des
 Arztes gegenüber dem Patienten,
 in Neue Justiz 1966, 168
- Schmidt, Eberhardt Gutachten zum 44. Juristentag,
 Tübingen 1962

- Schmidt, Eberhardt Der Arzt im Strafrecht, Leipzig
1939
Anmerkung zum Urteil des BGH in
Strafsachen = JZ 1964, 231, in
JZ 1964, 232
Anmerkung zum Beschluß des
OLG Hamburg, JZ 1963, 374,
in JZ 1963, 375
- Schmidt, Reimer Die Obliegenheiten, Karlsruhe
1953
- von Schumann, Hans-Joachim Probleme des Sittenstrafrechts,
in NJW 1964, 1158
- Schnitzerling, M. in Zbl. f. Jugendrecht und Ju-
gendwohlfahrt 1958, 319
- Schönke-Schröder Kommentar zum StGB, 14. Aufl.
München 1969
- Schwalm, Georg Grenzen der ärztlichen Aufklä-
rungspflicht, in Juristische
Studiengesellschaft, Schriften-
reihe, Heft 50/51
Die strafrechtliche Bedeutung
der ärztlichen Aufklärungs-
pflicht, in MDR 1960, 722
- Seele, Hans Ärztliche Aufklärungspflicht,
in MDR 1961, 553
- Soergel-Siebert Kommentar zum BGB
2. Bd., 9. Aufl., Stuttgart 1962
2. Bd., 10. Aufl., Stuttgart,
Berlin, Köln, Mainz 1967
- Stammberger, Wolfgang in Die Aufklärungspflicht des
Arztes, Köln, Berlin 1962
- Staudinger, Kommentar zum BGB
Bd. 1, 11. Aufl., Berlin 1957
Bd. 2, Teil 1a, 11. Aufl.,
Berlin 1967
Bd. 2, Teil 1b, 11. Aufl.,
Berlin 1961
Bd. 2, Teil 1d, 11. Aufl.,
Berlin 1969

- Steindorff, Ernst Zur Aufklärungspflicht des
Arztes, in JZ 1960, 139
- Stockhausen, Josef in MMW 1967, 2333
- Waidl, Ernst Die Grenzen der ärztlichen Auf-
klärungspflicht, in MMD 1961,
1832
- Weimar, W. Zweifelsfragen zur Einwilligung
und Genehmigung, in MDR 1968,
374
- Weitnauer, H. Fragen der ärztlichen Verant-
wortlichkeit in zivilrechtlicher
Sicht, in Der Betrieb 1961,
Beil. 21 zu Heft 50/51, S. 1 ff
- Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 7.
Aufl., Berlin 1960
- Westermann, Harry Person und Persönlichkeit als
Wert im Zivilrecht, Köln, Op-
laden, 1957
- Wiethölter, Rudolph in Die Aufklärungspflicht des
Arztes, Köln, Berlin 1962
- Wulfhorst, Traugott Wäre eine Strafbarkeit der frei-
willigen Sterilisierung verfas-
sungswidrig? in NJW 1967, 649
- Ziegler, Artur Die Aufklärungspflicht des
Arztes in ihrer Bedeutung für
das ärztliche Handeln, jur.
Diss., München 1962
- Zitelmann, Ernst Ausschuß der Widerrechtlichkeit,
in Archiv für zivilistische
Praxis, 99, 1 - 130

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für zivilistische Praxis, Band und Seite
BGHSt	Bundesgerichtshof, Entschei- dungen in Strafsachen, Band und Seite
BGHZ	Bundesgerichtshof, Entschei- dungen in Zivilsachen Band und Seite
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar Zeitschrift, Jahr und Seite
DRiZ	Deutsche Richter Zeitung Jahr und Seite
FamRZ	Familienrechtszeitschrift, Jahr und Seite
JR	Juristische Rundschau, Jahr und Seite
JZ	Juristenzeitung, Jahr und Seite
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Jahr und Seite
MMW	Münchener Medizinische Wochenschrift, Jahr und Seite
RGSt	Reichsgericht, Entscheidungen in Strafsachen, Band und Seite
RGZ	Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen, Band und Seite
RGRK	Reichsgerichtsräte (Bundes- richter) Kommentar zum BGB
VersR	Zeitschrift für Versicherungs- recht, Jahr und Seite
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band und Seite

E i n l e i t u n g

Das Arzt-Patientenverhältnis und die sich daraus ergebenden Probleme, so insbesondere das Problem des Verhältnisses von Einwilligung und Aufklärung, lassen sich juristisch aus zweierlei Sicht betrachten: Einmal unter strafrechtlichen und zum anderen unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten. In der Strafrechtswissenschaft ist man bemüht, den ärztlichen Heileingriff aus dem Bereich einer tatbestandsmäßigen Körperverletzung herauszulösen. In dem Entwurf eines Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1962 sind auch die indizierten de lege artis ausgeführten Eingriffe und Behandlungen ausdrücklich aus dem Körperverletzungstatbestand herausgenommen worden ¹⁾.

Damit ist aber das Problem des Verhältnisses von Einwilligung und Aufklärung bei ärztlichen Heilbehandlungen nicht gelöst, denn ob der ärztliche Eingriff als Körperverletzung angesehen wird oder als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, ändert nichts daran, daß der Eingriff nur dann rechtmäßig ist, wenn der Patient in den Eingriff eingewilligt hat. Einwilligen kann der Patient in der Regel jedoch erst dann, wenn er über Art und Umfang des Eingriffs in Kenntnis gesetzt wurde. In diesem Zusammenhang spricht man von einer Aufklärungspflicht des Arztes.

Für das Zivilrecht stellt sich die Frage, wie sich eine Aufklärungspflicht begründen läßt. Dabei ist davon auszugehen, daß sich für den Arzt immer erst dann die Notwendigkeit der Aufklärung ergibt, wenn er einen Eingriff vorzunehmen gedenkt ²⁾. Der Schutz der körperlichen Integrität gebietet

1) Vgl. § 161 des Entwurfs von 1962, Bundestagsdrucksache IV/650, S. 39; vgl. auch bei Hagedorn, Anhang;

2) Vgl. für viele: E. Schmidt, Gutachten, S. 109; Eberhardt, Diss. S. 5 ff.

es, dem Patienten die Möglichkeit zu geben, darüber zu entscheiden, ob er einen Eingriff zulassen will oder nicht. Die Aufklärung hat demnach den Sinn, die Entscheidungsfreiheit des Kranken zu sichern, oder anders ausgedrückt, die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts überhaupt erst zu ermöglichen. Sieht man in diesem Zusammenhang die Aufklärung als eine Verpflichtung des Arztes gegenüber dem Patienten, so wäre zu untersuchen, als was sich eine solche Verpflichtung darstellt: In Betracht kommt die Einordnung als Rechtsverpflichtung oder als Obliegenheit. Es fragt sich auch, ob nicht eine solche Pflicht des Arztes ganz allgemein besteht.

Die Verbindung Aufklärung-Einwilligung ist nicht allein unter dem Gesichtspunkt zu sehen, daß die Aufklärung den Sinn hat, eine wirksame Einwilligung herbeizuführen, sondern es ist auch der Umstand zu berücksichtigen, daß die ärztliche Tätigkeit einen bestimmten Zweck verfolgt, nämlich die Heilung des Patienten. Die nähere Bestimmung der Aufklärung unter Einbeziehung des Zwecks des Eingriffs führt im weiteren zu dem Problem des Umfangs der Aufklärungspflicht. Anhaltspunkte für eine Bestimmung des Umfangs der Aufklärungspflicht sind in Rechtsprechung und Literatur in ausreichendem Maß geliefert worden ¹⁾. Die Kasuistik hat ein beachtliches Ausmaß angenommen. Hier stellt sich die Aufgabe einer kritischen Betrachtung, weil der Ansatz für die Aufklärungspflicht vielfach nicht deutlich genug herausgestellt wurde und dies zu einem nicht immer unbedenklichen Maßstab für den Umfang der Aufklärungspflicht geführt hat. In der Ärzteschaft ist gerade hierzu immer wieder auf die nicht genügend berücksichtigte ethische Aufgabe des Arztes gegenüber dem Kranken hingewiesen worden ²⁾.

1)Vgl. E. Schmidt, Gutachten, S. 109 ff.

2)Vgl. Roemer, in Schriftenreihe, S. 6 ff; Neidhardt in NJW 1956, 1097 ff; Junghanns, S. 59 ff.

A. Die Aufklärungspflicht bei ärztlichen Eingriffen

Mit dem Wort "Aufklärung" in Verbindung mit medizinischen Maßnahmen verbindet sich in der Regel die Frage, ob und inwieweit der Arzt dem Patienten Aufrichtigkeit über die Natur seines Leidens, dessen voraussichtlichen Verlauf und die Heilaussichten schuldet. Dieser Frage, die den Umfang der Aufklärung betrifft, soll jedoch zunächst die Untersuchung vorangestellt werden, inwieweit sich die Aufklärung des Arztes gegenüber dem Patienten über einen vorzunehmenden Eingriff als eine Pflicht einordnen läßt.

Da ein Eingriff in den Körper des Kranken von dem Arzt rechtmäßig nur mit der Einwilligung des Betroffenen ausgeführt werden kann, besteht Einigkeit darüber, die Aufklärung als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung anzusehen.¹⁾ Diese Bedeutung der Aufklärung für die Erklärung des Patienten, mit dem Eingriff einverstanden zu sein, hat dazu geführt, die Aufklärung als eine Pflicht des Arztes gegenüber dem Patienten zu bezeichnen.²⁾ Schwalm³⁾ meint, eine solche Pflicht ergebe sich für den Arzt immer im Zusammenhang mit einem Eingriff in die körperliche Integrität. Er verweist dabei ohne nähere Erläuterung auf Art. 2 II GG, in dem das Recht auf körperliche Unversehrtheit garantiert ist, welches nur durch die Einwilligung in den Eingriff aufgehoben werden kann. Die Bedeutung der Aufklärung

1) Vgl. BGB in NJW 1956, 1106; BGHZ 29, 46 ff., 179 ff.; Deutsch in NJW 1965, 1985; E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 39; ders. in Gutachten, S. 60.

2) Vgl. Schwalm, in Schriftenreihe S. 21.

3) Schwalm, aaO., der strafrechtliche und zivilrechtliche Gesichtspunkte trennen müßte, um von einer Rechtspflicht sprechen zu können.

über einen Eingriff liegt also ganz allgemein darin, daß bei Durchsetzung fremden Wohles der fremde Wille respektiert wird. Das besagt, daß mit der Aufklärung eine Willensbildung des Patienten und als Folge eine Entscheidung herbeigeführt wird. Um diese Entscheidung wirksam werden zu lassen, ist eine Aufklärung notwendig, weshalb auch von der Pflicht zur Aufklärung gesprochen wird. Damit stellt sich aber erst das Problem, woraus eine Pflicht zur Beachtung des fremden Willens konkret abgeleitet werden kann. Zu denken wäre an üblicherweise bestehende vertragliche Beziehungen zwischen Arzt und Patient, aus denen sich die Aufklärung als Rechtspflicht ergeben könnte. Vorstellbar wäre aber auch eine unabhängig von Rechtsbeziehungen bestehende Pflicht nur aus dem Gedanken heraus, daß das Selbstbestimmungsrecht verwirklicht werden muß, da es sonst an einer wirksamen Einwilligung in den Eingriff fehlen würde.

I. Die Aufklärung in Beziehung zum ärztlichen Eingriff

Bevor nun der Ansatz für die Aufklärung als ärztliche Pflicht im einzelnen bestimmt wird, soll zunächst die Bedeutung der Aufklärung in Beziehung zur Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff ganz allgemein untersucht werden, denn gleichwie, woraus eine Pflicht abgeleitet wird, maßgebend bleibt die Verbindungslinie zwischen Aufklärung und Eingriffseinwilligung. Auszugehen ist von dem ärztlichen Eingriff und der Rechtsfolge eines Eingriffs.

1. Der ärztliche Eingriff

Es geht hier nicht darum, eine medizinisch ausgerichtete Abgrenzung des ärztlichen Eingriffs gegenüber jeder anderen ärztlichen Handlung zu finden. Es soll nur deutlich werden, daß bei dieser Betrachtung der ärztliche Eingriff als eine gemäß ärztlichen Erkenntnissen und Erfahrungen ausgeführte Einwirkung auf den Körper des Menschen verstanden wird ¹⁾, wobei zu unterscheiden ist:

a) Der Heileingriff

In aller Regel wird mit dem ärztlichen Eingriff, d.h. in Gestalt von Operationen, Injektionen oder anderen körperlichen Einwirkungen ein Heilzweck verbunden sein. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob es sich um für die Heilung notwendige, vorsorgliche oder sonstwie angezeigte Eingriffe handelt, z.B. bei einer medizinisch angezeigten Kastration oder Sterilisation.

b) Andere medizinische Eingriffe

Hierunter fallen solche Eingriffe, die nicht oder nicht

1) Vgl. Stammberger, S. 11; Schwalm, S. 21.

vorrangig einen Heilzweck verfolgen. Dazu gehören z.B. kosmetische Eingriffe, soweit damit nicht schon ein Heilzweck verbunden ist, oder auch medizinische Experimente, d.h. ein nach aufgestellten Regeln willkürlich herbeigeführtes Geschehen, das in erster Linie theoretische Überlegungen bestätigen soll ¹⁾. Diese Arten des ärztlichen Eingriffs treten jedoch gegenüber der Bedeutung des auf Heilung gerichteten Handelns des Arztes zurück.

2. Die Rechtsfolgen des ärztlichen Eingriffs

Über die Folgen eines ärztlichen Eingriffs gehen in der Rechtssprechung und im Schrifttum die Meinungen auseinander. Das beruht darauf, daß das "traditionelle" Problem ²⁾ der tatbestandsmäßigen Einordnung des ärztlichen Heileingriffs noch nicht ausgetragen ist und auch solange nicht gelöst wird, bis der Gesetzgeber ein neues Strafgesetzbuch verabschiedet hat.

a) der ärztliche Eingriff als Körperverletzung im Sinne von § 823 I BGB

Die Rechtsprechung (das RG seit 1894 und heute auch der BGH ³⁾) stehen auf dem Standpunkt, daß der ärztliche Heileingriff den Tatbestand einer Körperverletzung i.S. von § 823 I BGB erfülle, da jeder äußerliche nicht ganz unbedeutende Eingriff das Recht auf körperliche Unversehrtheit verletze.

Dieser Auffassung ist ein Teil der Zivilrechtslehre gefolgt ⁴⁾, die ebenfalls den Eingriff objektiv als Körper-

1) Böth in NJW 1967, 1943 ff.

2) Geilen, S. 17.

3) RGSt 25, 375 (1894); RGZ 68, 431; 151, 354; 163, 129; 168, 210; BGH-Strafsachen, 11, 112; BGHZ 29, 46 ff., 176 ff.; Geilen, S. 17, Anm. 1; vgl. die Darstellung bei Kleinewefers, S. 79 ff.

4) Erman-Drees, § 823, Anm. 4; Soergel-Siebert (9. Aufl.), § 823, Anm. 22; Palandt-Gramm, § 823, Anm. 4 b; Esser, II S. 398; Larenz, II § 66 e, Anm. 2.

verletzung qualifiziert. Larenz ¹⁾ weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß in § 823 I BGB fest umrissene Tatbestände geschaffen seien. Die Begriffsbestimmung der körperlichen Integrität sei eindeutig. Daher sehe das Gesetz in jeder nicht völlig bedeutungslosen Einwirkung auf eines der dort genannten Rechtsgüter eine Rechtsverletzung, deren Rechtswidrigkeit nur durch einen besonderen Rechtfertigungsgrund ausgeschlossen werden könne.

Larenz ²⁾ meint, es sei auch mit der Verletzung des Tatbestandes von § 823 I BGB keine Wertung verbunden, durch die ein Tun oder Unterlassen unter eine besondere Verbotsmaterie oder u.U. unter einen bestimmten Unrechtstyp eingeordnet werde. § 823 I BGB habe durch die genannten Tatbestände lediglich einen Maßstab dafür gebildet, was als rechtswidrig beurteilt werden könne. Im übrigen wird noch angeführt, das BGB qualifiziere den Begriff "Körperverletzung" nicht sozial ³⁾, deshalb könne es bei der Beurteilung des ärztlichen Eingriffs nicht auf dessen Zweckrichtung oder auf eine sogen. soziale Sinnhaftigkeit des Geschehens ⁴⁾ ankommen. Das Gesetz lasse die Finalität beiseite ⁵⁾. Das ärztliche Handeln könne daher nur unter dem Gesichtspunkt des Erfolges gesehen und nicht nach seinem objektiven Gesamtcharakter bewertet werden. Folglich bedeute der ärztliche Eingriff, auch wenn es sich um eine Heilbehandlung handle, eine Körperverletzung, denn der Begriff der körperlichen Unversehrtheit sei unzweifelhaft ⁵⁾.

1) Larenz, aaO., Anm. 2.

2) Vgl. Larenz, II, § 66e, Anm. 2; vgl. auch Deutsch in NJW 1965, 1986; Zitelmann in AcP 99, 81.

3) Vgl. Esser, II, § 107 II, S. 398.

4) Vgl. Eberhardt, Diss., S. 54 ff.

5) Vgl. Baumann in NJW 1958, 2093.

- b) Der ärztliche Eingriff als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Sinne von § 823 I BGB

Von der überwiegenden Strafrechtslehre ¹⁾, der sich teilweise die Zivilrechtslehre angeschlossen hat, wird die Einordnung des ärztlichen Eingriffs unter den Tatbestand der Körperverletzung abgelehnt. Der Ausgang der Überlegungen ist, worauf von Seiten der Ärzte immer wieder hingewiesen wird ²⁾, daß es bei einem de lege artis ausgeführten ärztlichen Heileingriff um etwas anderes gehe als um die kausale Herbeiführung einer Körperwunde. Nach dem Sinn und Zweck des Eingriffs könne dieser keine Körperverletzung im Sinne von § 223 StGB sein. Es komme allein darauf an, daß der Eingriff mit Einwilligung des Patienten (d.h. nicht eigenmächtig) kunstgerecht ausgeführt werde ³⁾. Für eine Strafbarkeit sei in diesem Sinne entscheidend, ob eine Eigenmächtigkeit des Arztes vorliege, was strafrechtlich ggfls. eine Nötigung oder Freiheitsberaubung bedeute.

Im Zivilrecht versuchte man, diesen Überlegungen der Strafrechtslehre folgend, um auch im Rahmen von § 823 I BGB den ärztlichen Heileingriff vom Tatbestand der Körperverletzung zu lösen. Der Arzt solle nur dann nach § 823 I BGB haften, wenn der kunstgerecht ausgeführte Eingriff eigenmächtig vorgenommen werde. Der Verletzungstatbestand beziehe sich nicht auf den der Körperverletzung, sondern auf den des

1) Vgl. u.a. Maurach, S. 74; Welzel, S. 251; Engisch in ZStW 58, 1 ff.; ders. in Die rechtl. Bedeutung d. ärztl. Operation, S. 20; E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 91; ders. in Gutachten, S. 18 ff., 44 f.; Bockelmann in NJW 1961, 945; Schwalm in Schriftenreihe, S. 23; Wiethölter, S. 102; Deutsch in NJW 1965, 1986.

2) Vgl. u.a. Roemer in JZ 1960, 137 ff.; ders. in Schriftenreihe, S. 5 ff.; Junghanns, S. 69 ff.

3) Vgl. Kohlrausch-Lange, § 223, Anm.

allgemeinen Persönlichkeitsrechts i.S. eines sonstigen Rechts gemäß § 823 I BGB, denn nach der Rechtsprechung des BGH ¹⁾ werde ein allgemeines Persönlichkeitsrecht im Rahmen eines sonstigen Rechts geschützt. Die Verletzung bestehe darin, daß durch ein eingemächtigtes Handeln des Arztes, d.h. ein Handeln unter Mißachtung des Selbstbestimmungsrechts, der Patient in seinem durch das Grundgesetz garantierten Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit (Art. 2 I GG) beeinträchtigt werde ²⁾.

In der Zivilrechtslehre ist auch die Auffassung vertreten worden, der kunstgerecht ausgeführte ärztliche Eingriff könne um der ihm objektiv innewohnenden Heilzwecks willen nicht rechtswidrig und deshalb überhaupt keine Körperverletzung sein ³⁾. Nipperdey ⁴⁾ meint noch weitergehend, Handlungen, die sich im Rahmen der allgemeinen Ordnung des menschlichen Zusammenlebens hielten und somit sozialadäquat seien, seien schon tatbestandsmäßig keine Körperverletzung und deshalb nicht rechtswidrig.

c) Die Bedeutung und Abwägung dieser Auffassungen

Der Unterschied beider Auffassungen besteht darin, daß auf der einen Seite die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung durch die Einwilligung des Patienten beseitigt wird, während auf der anderen eine Körperverletzung schon tatbestandsmäßig nicht gegeben ist. Die Einwilligung hat nach dieser Auffassung vielmehr die Funktion, eine Verletzung der allgemeinen Persönlichkeitsrechte auszuschließen.

1) BGHZ 24, 72; 26, 349; 27, 284; 30, 11; 39, 124.

2) Vgl. Schwalm in Schriftenreihe, S. 23; Weitnauer in Der Betrieb 1961, Beil. 21; Niese, S. 367; Geilen, S. 17, 78/79 m. w. Nachw.; Stammberger, S. 22/23.

3) Vgl. Larenz in Vertrag und Unrecht, II, S. 20 ff; im Lehrbuch II, § 66 e wird diese Ansicht nicht mehr vertreten; vgl. auch Eberhardt, Diss., S. 55; im Ergebnis auch Esser, II, § 107 II, S. 399.

4) Enneccerus-Nipperdey, § 209, IV.

Liegt eine wirksame Einwilligung vor, so hat sie also entweder die Rechtfertigung der Körperverletzung oder das Entfallen des Tatbestandes einer allgemeinen Persönlichkeitsrechtsverletzung zur Folge.¹⁾

Das Einwilligungsproblem ist damit nicht gegenstandslos oder bedeutungslos geworden, sondern etwas "entschärft" ²⁾ worden, womit Schwalm die Ausklammerung des Vorwurfs der Körperverletzung meint. Für die Wirksamkeit der Einwilligung, d.h. für das Verhältnis Aufklärung-Einwilligung, ist die Einordnung des eigenmächtigen kunstgerechten ärztlichen Eingriffs als Körperverletzung oder als Verletzung eines allgemeinen Persönlichkeitsrechts ohne Einfluß, denn ob die Einwilligung die Körperverletzung rechtfertigt oder den Tatbestand der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts beseitigt, setzt in jedem Fall voraus, daß der Arzt den Patienten aufgeklärt hat.

Unabhängig davon bestehen aber Bedenken, den eigenmächtigen ärztlichen Heileingriff als Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts i.S. eines sonstigen Rechts gemäß § 823 I BGB einzuordnen. Die Bedenken richten sich vor allem dagegen, daß vom Ansatz der Überlegung her nicht streng zwischen der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund und der Rechtsgutverletzung getrennt wurde. Mit einem Eingriff wird die körperliche Unversehrtheit betroffen und nicht das Recht auf persönliche Freiheit i.S. von Art. 2 II, S. 2 GG. Gerade weil das Rechtsgut, der Körper, und nicht etwa die Verfügungsfreiheit darüber angegriffen wird, liegt bei kör-

1) Vgl. Ziegler, Diss. S. 23; Geilen, S. 73, der die Frage aus strafrechtlicher Sicht betrachtet.

2) Schwalm, S. 23.

perlichen Eingriffen Körperverletzung vor. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten läßt sich auch nicht isoliert betrachten, sondern muß im Zusammenhang mit dem Eingriff gesehen werden. Die von dem Patienten erklärte Einwilligung bezieht sich nicht auf ein Freiheitsrecht, sie ist vielmehr körperverletzungsbezogen, denn der Patient hat ein Interesse an der Unversehrtheit seines Körpers. Dieses Interesse wird durch Art. 2 II, S. 1 GG geschützt, und diesen Schutz kann der Kranke durch seine Einwilligung in einen medizinischen Eingriff aufheben.

Unter Hinweis auf Art. 2 II Satz 1 GG läßt sich die hier vertretene Einordnung des ärztlichen Heileingriffs als einer tatbestandsmäßigen Körperverletzung noch weiter stützen. Nach der von Dürig gegebenen Inhaltsbestimmung des Rechts auf körperliche Unversehrtheit deckt sich dieses mit den Begriffen Körper und Gesundheit im Sinne von § 823 I BGB. In Art. 2 II S. 1 GG ist insofern von "verfassungswegen" das Recht des ärztlichen Heileingriffs "schärfer umrissen" ¹⁾, d.h. daß durch den ärztlichen Heileingriff zugleich auch der äußere Tatbestand des Rechts auf körperliche Unversehrtheit betroffen ist und nur durch einen Unrechtsausschließungsgrund gerechtfertigt sein kann. Darauf liegt der Akzent und nicht auf dem Recht auf persönliche Freiheit i.S. von Art. 2 II S. 2 GG ²⁾. Der Begriff körperliche Unversehrtheit ist eindeutig. Soweit also der ärztliche Eingriff als Körperverletzung angesehen wird, findet dies durch

-
- 1) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 2 II Rdz. 36/37, wogegen E. Schmidt in Gutachten S. 41 ff. Stellung nimmt. Er weist darauf hin, daß es sich mit der Strafrechtsdogmatik nicht vereinbaren ließe, den ärztlichen Heileingriff in diesem Sinne zu sanktionieren. Dies ist m.E. ein Mißverständnis, das sich daraus erklärt, daß Schmidt anerkennt, Art. 2 II enthalte einen Schutz gegen Einbrüche in die Persönlichkeitssphäre, aber nicht berücksichtigt, daß Maunz-Dürig nicht mehr sagen wollen (vgl. Rdz. 36, Anm. 4).
- 2) Baumann in NJW 1958, 2093.

Art. 2 II S. 1 GG insofern eine Bestätigung ¹⁾, weil es allein auf die Wahrung der körperlichen Unversehrtheit ankommt, die durch jeden nicht gerechtfertigten Eingriff berührt wird.

Eine andere Einordnung des ärztlichen Eingriffs würde auch bedeuten, daß der Begriff Eigenmächtigkeit, der im Gesetz nicht geregelt ist, geklärt werden müßte. Die Frage nach der Rechtswirkung des eigenmächtigen Eingriffs würde somit von der Ebene der körperlichen Integrität auf die der persönlichen Freiheit verlagert, was wegen der eindeutigen und nicht wertenden Begriffe der körperlichen Unversehrtheit nicht haltbar wäre. Aber auch dem Gedanken Nipperdeys ²⁾, der gebilligte Eingriff sei sozialadäquat und erfülle folglich keinen Deliktstatbestand, ist nicht zu folgen. Ein Wertmaßstab wie die Sozialadäquanz ist zu wenig bestimmt und daher für eine allgemeine Einordnung des ärztlichen Eingriffs nicht verwertbar. Es wäre im einzelnen nicht mehr abgrenzbar, inwieweit ein Eingriff nicht mehr oder noch sozialadäquat wäre.

3. Die Verbindungslinie zwischen Aufklärung und Einwilligung

Die Aufklärung des Patienten ist, worauf bereits hingewiesen wurde ³⁾, eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung. Mit der Aufklärung über den Eingriff vermittelt der Arzt dem Patienten Kenntnisse, damit sich dieser entscheiden kann, ob der Eingriff vorgenommen werden soll. Damit wird jedoch die Verbindungslinie zwischen Aufklärung und Einwilligung noch nicht deutlich. Sichtbar wird diese erst, wenn man sich - von der rechtlichen Wirkung der Einwilligung ausgehend - die Zweckrichtung von Aufklärung und Einwilligung klar macht.

1) Vgl. Reitelmann, Diss., S. 4 ff., der unter Verweisung auf das BVerfG die Bedeutung des GG für das Zivilrecht erläutert.

2) Enneccerus-Nipperdey § 209 IV.

3) Vgl. oben S. 3.

a) Die rechtliche Wirkung der Einwilligung.

Das von dem Patienten zu dem Eingriff erklärte Einverständnis ist die Einwilligung in eine Körperverletzung¹⁾. Die Einwilligung bedeutet damit einen Verzicht auf Rechtsschutz²⁾, womit ausgedrückt ist, daß ein Eingriff in der Regel erst vorgenommen werden darf, wenn der Patient bereit ist, sich dem Arzt anzuvertrauen und eine Verletzung der körperlichen Unversehrtheit zuzulassen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob eine ausdrückliche Erklärung vorliegt, oder nur ein schlüssiges Verhalten³⁾. Es ist zulässig, zur Deutung des Verhaltens des Kranken Auslegungsregeln heranzuziehen⁴⁾.

Liegt ein Einverständnis des Patienten vor, so ist das Recht auf Selbstbestimmung gewahrt, folglich ist der Eingriff gestattet, also ist er rechtmäßig⁵⁾. Die körperliche Integrität ist also bei einem kunstgerechten Eingriff (sieht man

1) Der Eingriff ist auch dann nicht rechtswidrig, wenn der Patient bewußtlos ist oder wenn ihm die Einsichtsfähigkeit fehlt, wie z.B. bei einem Minderjährigen oder bei einem Entmündigten, wo der Arzt zur Erhaltung von Leben und Gesundheit beispielsweise infolge eines Unfalles umgehende Maßnahmen trifft, ohne den gesetzlichen Vertreter zuvor verständigen zu können. An die Stelle der Einwilligung des Patienten tritt in diesen Fällen die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters. Wenn jedoch die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters in Notfällen nicht eingeholt werden kann, so ist unter dem Gesichtspunkt einer Geschäftsführung ohne Auftrag der Eingriff nicht rechtswidrig, wenn zur Vermeidung gesundheitlicher Schäden entsprechend dem mutmaßlichen Willen des Patienten oder des gesetzlichen Vertreters (gemäß § 683 BGB) eine Behandlung vorgenommen wird (vgl. RGZ 151, 354, BGHZ 29, 185). Im Sinne des mutmaßlichen Willens ist die mutmaßliche Einwilligung zu sehen, die ein verständiger Patient oder gesetzlicher Vertreter bei dem Eingriff erteilen würde. Die Konfliktlage des Arztes, nicht aufklären zu können, aber helfen zu müssen, wird damit gelöst (vgl. Bockelmann in NJW 1961, 945 ff.; Kleinewefers in VersR 1962, 197 ff.; Stammberger, S. 25; Weitnauer, in der Betrieb 1961, Beil. 21).

2) Vgl. Welzel, Bes. Teil, S. 87.

3) BGH in NJW 1961. 261 : Hochheben des Armes bei der Impfung.

4) BGH in NJW 1969, 2301.

5) BGH in NJW 1956, 1106; BGHZ, 29, 179.

hier von einem Kunstfehler ab) nur dann verletzt, wenn es der Arzt unterläßt, den Patienten über den Eingriff in dem erforderlichen Umfang aufzuklären.

Damit wäre die rechtliche Wirkung der Einwilligungserklärung erfaßt, woran sich noch die Frage anschließt, als was die Erklärung als solche rechtlich einzuordnen ist.

aa) Die Einwilligung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung

Die Einwilligung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung anzusehen, würde bedeuten, daß es sich um eine Erklärung handelt, die auf die Hervorbringung rechtlicher Folgen gerichtet ist ¹⁾. Die Einwilligung in einen ärztlichen Eingriff erfüllt jedoch den Inhalt der Begriffsbestimmung einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nicht in vollem Umfang, weil sie nicht auf eine Rechtsfolge, sondern auf eine tatsächliche Gestattung (den Eingriff in den Körper) gerichtet ist ²⁾. Sie ist aber auch nicht Realakt (Tathandlung), denn im Gegensatz zum Realakt handelt es sich bei der Einwilligung um eine Willensäußerung, an welche die Rechtsordnung nicht nur tatsächliche Folgen, sondern das "Zurücktreten" der Schutznorm (i.S. einer Rechtfertigung) knüpft.

bb) Die Einwilligung als rechtsgeschäftsähnliche Erklärung

Nach Auffassung des BGH ³⁾ handelt es sich bei der Einwilligung zu einem Eingriff in die körperliche Integrität nicht um eine "Einwilligung" i.S. von § 183 BGB, sondern um eine Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen. Die körperliche Unversehrtheit gehört wie die Ehre zu den Rechtsgütern, die zwar Dritten gegen-

1) Vgl. Erman-Westermann, Einl. § 104, Anm. 1.

2) Vgl. Lenckner in ZStW 72, 446, ff.; wegen der begrifflichen Unterschiede vgl. Erman-Westermann, aaO.

3) BGHZ 29, 33 ff.; vgl. Larenz, II § 66 e 1; vgl. auch OLG Düsseldorf in NJW 1963, 1679; OLG München in NJW 1958, 633; vgl. Staudinger-Coing, § 107, Anm. 11; Erman-Westermann, § 107, Anm. 1; Enneccerus-Nipperdey, § 151.

über Schutz genießen, selbst aber nicht Gegenstand eines Rechts ihres Trägers sind. Daher kann der Betroffene darüber nicht verfügen wie über eine ihm gehörige Sache ¹⁾, sondern nur eine tatsächliche Handlung gestatten. Deshalb ist die Einwilligung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Sie hat aber den Charakter einer rechtsgeschäftsähnlichen Erklärung, weil die Rechtsordnung an die Gestattung einer tatsächlichen Handlung die Aufhebung des Schutzzwecks des Gesetzes, also mittelbar eine Rechtswirkung knüpft. Insofern kommt die Einwilligung einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nur nahe.

b) Die Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung

Gleichwie in welcher Form der Patient seine Einwilligung erklärt hat, die rechtfertigende Wirkung besteht normalerweise nur insoweit, als der Patient weiß, worin er einwilligt ²⁾. Die Beurteilung dessen, was mit dem Eingriff auf ihn zukommt, geht in der Regel der Einwilligungserklärung voraus. Damit der Patient eine Erklärung abgeben kann, muß der Arzt ihn zuvor unterrichten. Der Sinn und Zweck der Einwilligung kann sich nur auf diese Weise erfüllen. Die Aufklärung, so kann man sagen, steht im Vorfeld jeglichen ärztlichen Handelns, Aufklärung - Einwilligung - Eingriff. Die Aufklärung hat also in Bezug auf dieses Handeln eine Funktion, denn sie ist notwendig, um eine Entscheidung des Patienten im Hinblick auf den Eingriff herbeizuführen ³⁾.

Die Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung bedeutet also zunächst, daß der Arzt den Patienten über die Möglichkeiten einer Heilung oder Besserung eines Leidens, über die Bedeutung und Auswirkung eines Eingriffs

1) Auf die Frage eines Verzichts auf Aufklärung wird später noch eingegangen, vgl. unten S.83

2) Vgl. Bockelmann in NJW 1961, 945.

3) Vgl. Ziegler, Diss., S. 27.

ins Bild gesetzt hat. Damit soll erreicht werden, daß sich der Patient eine möglichst klare und zutreffende Vorstellung über den Eingriff und dessen Folgen macht ¹⁾ und sich entsprechend entscheidet. Nur so ist das Recht auf körperliche Unversehrtheit gewahrt, weshalb auch von einer Pflicht des Arztes zur Aufklärung gegenüber dem Patienten gesprochen wird ²⁾.

Mit der Feststellung, der Arzt habe aufzuklären, um die körperliche Unversehrtheit zu wahren, ist aber für die Verbindung Aufklärung - Einwilligung nicht allzuviel gesagt, wenn man nicht den konkreten Anlaß der Aufklärung mitberücksichtigt. Der Arzt klärt in der Regel den Patienten über einen Heileingriff oder sonstigen Eingriff auf, den der Arzt nach dem jeweiligen Krankheitsbild oder nach den sonstigen Umständen für geboten hält. Der Patient ist in der Regel aber nicht in der Lage, von sich aus abzuwägen, ob die mit dem Eingriff verbundenen Gefahren und Schmerzen in einem vernünftigen Verhältnis zu der Möglichkeit einer Heilung stehen. Daher klärt der Arzt den Patienten in einer bestimmten Zweckrichtung auf, damit dieser eine wirksame Einwilligung überhaupt erteilen kann. Der Kranke ist auf eine solche Aufklärung angewiesen, da er anders sein Selbstbestimmungsrecht bezüglich des konkreten Eingriffs nicht sinnvoll ausüben könnte. Die Funktion der Aufklärung geht also dahin, eine sinnvolle Entscheidung des Patienten herbeizuführen. Dieser muß die indizierte Maßnahme (in der Regel den Heilzweck, für den der Eingriff das geeignete Mittel darstellt), verstanden und sich entsprechend den Erläuterungen des Arztes entschieden haben.

1) Vgl. E. Schmidt, in Gutachten. S. 93; Weitnauer, in Der Betrieb, 1961, Beil. 21.

2) Vgl. Eberhardt, Diss. S. 13/14; Weitnauer aaO.; Martin, in DRiZ 1962, 297; Grünwald, in Arzt und Recht, S. 141.

Die Aufklärung ist also eine zweckgerichtete Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung in einen indizierten Eingriff. Der jeweilige Heilzweck des Eingriffs stellt insofern die Verbindung zwischen Aufklärung und Einwilligung dar. Aufklärung und Einwilligung werden auf diesen jeweiligen Zweck bezogen. Man kann daher sagen, daß die Aufklärung, soweit sie in Zusammenhang mit dem Selbstbestimmungsrecht steht, einen bestimmten Zweck, in der Regel die Heilung, zum Gegenstand hat, auf den auch die Einwilligung des Patienten ausgerichtet ist.

II. Die Aufklärung bei ärztlichen Eingriffen als Rechtspflicht und als Obliegenheit

Nachdem die Verbindungslinie zwischen Aufklärung und Einwilligung ganz allgemein unter Bezug auf die Zweckrichtung des Eingriffs gekennzeichnet wurde, läßt sich nunmehr die Frage stellen, worauf die Aufklärung im Sinne einer ärztlichen Pflicht begründet werden kann.

1. Allgemeine Überlegungen zur Begründung einer Aufklärungspflicht

Um eine Pflicht zur Aufklärung begründen zu können, ließe sich in erster Linie an gesetzliche oder vertragliche Regelungen denken. Da sich eine Aufklärung aber im Hinblick auf einen Eingriff immer dann als für die Wirksamkeit der Einwilligung notwendig erweist, wenn dieser rechtmäßig ausgeführt werden soll, ergibt sich die Frage, ob eine entsprechende Pflicht nicht generell besteht, also unabhängig von bestimmten Regelungen.

Da es ein Behandlungsrecht bzw. ein Behandlungszwangsrecht des Arztes gemäß Art. 2 II S. 3 GG nur in einigen bestimmten ausdrücklich gesetzlich geregelten Fällen gibt ¹⁾, entfällt die Möglichkeit zur Begründung einer gesetzlichen Aufklärungspflicht als Ausfluß eines Behandlungsrechts ²⁾. Eine Aufklärung ist in diesen Fällen auch entbehrlich, da sie als Voraussetzung für die Wirksamkeit des Eingriffs keine Bedeutung hat. Der Ausschaltung des Selbstbestimmungsrechts liegt der Gedanke zugrunde, daß dieses Recht ausnahmsweise zurücktreten muß, wenn der Schutz der Allgemeinheit vor Ansteckung oder sonstiger Gefährdung vorrangig ist. Die einzelnen gesetzlichen Regelungen stellen insofern eine Ausnahme von dem Grundsatz dar, daß nur mit Einwilli-

1) Vgl. als gesetzliche Regelungen §§ 1. 2, ImpfG; § 17 IV SoldatenG; § 17 II GeschlG in Verb. m. § 1 2. DVO z. GeschlechtskrankheitenG.

2) Vgl. Maunz-Düring, Art. 2 II, Rdz. 39.

gung des Betroffenen ein ärztlicher Eingriff rechtmäßig ausgeführt werden kann.

Auch aus § 330c StGB läßt sich allgemein kein Behandlungsrecht des Arztes ableiten. Eine Hilfspflicht i.S. dieser Vorschrift kann den Arzt bei Unglücksfällen, Not oder gemeiner Gefahr treffen. Diese Hilfspflicht bedeutet jedoch kein Behandlungsrecht, sondern bezieht sich allein darauf, die Gefahr zu beseitigen, in die der Betroffene gekommen ist. Der erforderlichen Hilfeleistung ist genügt, wenn der Arzt alles veranlaßt hat, um den Betroffenen vor weiteren Schäden zu sichern. Sollten mit den notwendigen Maßnahmen auch Körperinteressen berührt werden, so bleiben diese bei Verweigerung der Hilfe unzulässig. Problematisch könnte dies aber bei einem Selbstmörder werden ¹⁾. Aus § 330 c StGB ergibt sich für den Arzt auch gegenüber dem Selbstmörder kein Eingriffsrecht, sondern nur eine Hilfspflicht, wenn beispielsweise der Selbstmörder bewußtlos oder in einem Zustand ist, der eine freie Willensentscheidung ausschließt. Wenn es sich jedoch um einen nicht geistesgestörten oder bewußtlosen Selbstmörder handelt und mit der Hilfeleistung ein Eingriff verbunden ist, mit dem der Selbstmörder ersichtlich nicht einverstanden ist, so kann jedoch der Wille des Selbstmörders zur Nichtbehandlung nicht deshalb, weil er sittlich zu mißbilligen ist, in eine Einwilligung umgedeutet werden ²⁾. Eine die körperliche Integrität berührende Behandlung bleibt bei einer Verweigerung, auch bei einem Selbstmörder, unzulässig. Das Ergebnis steht auch mit § 330 c StGB im Einklang, da eine Hilfeleistung nach § 330 c StGB nur eine Gefahr beseitigen soll, die durch den Unglücksfall entstanden ist.

Als noch denkbare Möglichkeiten für die Begründung einer Aufklärungspflicht bleiben der Arzt- oder Behandlungsvertrag und unabhängig davon ein Pflichtenbereich, der sich aus dem Zusammenhang einer Bereitwilligkeit des Arztes, die

1) Vgl. BGHSt 6, 147.

2) Vgl. Ziegler, Diss. S. 12-13; vgl. Baumann in NJW 1958, 2094.

Behandlung zu übernehmen, mit der Notwendigkeit ergibt, die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen zu wahren. Eine Aufklärungspflicht in diesem Sinne läge außerhalb des Bereichs einer Rechtspflicht und ließe sich nur dem einer Obliegenheit zuordnen. Dies soll zunächst allgemein gegeneinander abgegrenzt werden.

a) Die Aufklärungspflicht im Rahmen eines Arztvertrages

Die ärztliche Tätigkeit wird sich in der Mehrzahl der Fälle aus einem Verlangen eines Patienten auf Heilung, Besserung eines Leidens oder sonstwie in Verbindung mit dem Wunsch nach Behandlung ergeben. Die ärztliche Behandlung hier als Oberbegriff für jegliche ärztliche Tätigkeit verstanden, setzt also in der Regel erst ein, wenn auf einen entsprechenden Wunsch des Patienten hin der Arzt sich dazu bereit erklärt. Dies begründet ein Vertragsverhältnis i.S. eines Behandlungsvertrages oder löst vertragliche Pflichten aus, wenn es sich um einen Kassenpatienten handelt, zu dessen Gunsten ein Vertragsverhältnis zwischen der Krankenkasse und dem Kassenarzt bereits besteht ¹⁾. Der Inhalt und Zweck des Vertrages ist die jeweilige Behandlung.

Soweit der Arzt die Behandlung im Rahmen des Vertrages aufnimmt, ergeben sich für ihn eine Reihe von Pflichten. Der Behandlungszweck läßt sich zwar zunächst dadurch erreichen, daß der Arzt bestimmte Maßnahmen vornimmt. Eine solche Maßnahme, wenn damit ein Eingriff verbunden ist, kann aber auch im Rahmen eines Vertrages nur zulässig sein, wenn der Arzt diese dem Patienten erläutert, also aufklärt, und der Patient eingewilligt hat. Diese Aufklärung über einen Eingriff ist u.U. auch mit einer Aufklärung über die Krankheit, der Diagnoseaufklärung, verbunden.

1) Vgl. im einzelnen unten S. 102

Neben dieser entscheidungsbezogenen Aufklärung oder auch Selbstbestimmungsaufklärung genannt ¹⁾ und der Diagnoseaufklärung, treffen den Arzt noch weitere Pflichten, denn es geht nicht allein um die Vornahme bestimmter Maßnahmen, sondern auch um die Sicherung des Behandlungserfolges ²⁾. Zur Sicherung der Behandlung hat der Arzt eine besondere Sorgfaltspflicht walten zu lassen, also den Kranken z.B. vor Infektionen zu bewahren. Weiterhin trifft den Arzt gegebenenfalls noch eine Verpflichtung dahin, den Patienten darüber zu unterrichten, sich mit Rücksicht auf den Heilprozeß z.B. körperlicher Anstrengungen zu enthalten, bestimmte Speisen und Getränke zu vermeiden u.ä. ³⁾. Außer der einwilligungsrelevanten Aufklärungspflicht ergeben sich also im Rahmen des Arztvertrages noch eine Reihe von Sicherungs- oder Schutzpflichten wie Sorgfalts-, Obhuts- oder Aufklärungs- und Auskunftspflichten.

b) Die Aufklärungspflicht außerhalb vertraglicher Beziehungen

Neben der Möglichkeit, eine vertragliche Aufklärungspflicht zu begründen, läßt sich daran denken, daß eine Pflicht zur Aufklärung auch außerhalb eines Vertrages bestehen könnte. Auszugehen wäre von dem Fall, daß ein Vertrag nicht zustande kommt oder wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit des Patienten schwebend unwirksam ist. In solchen Fällen würden keine vertraglichen Pflichten bestehen. Deshalb stellt sich die Frage, ob sich nicht aus allgemeinen Überlegungen eine Aufklärungspflicht des Arztes ergibt.

1) Vgl. Eberhardt, Diss. S. 13; Geilen S. 92 ff; Wiethölter, S. 101 ff.

2) Vgl. Weitnauer in Der Betrieb 1961, Beilage 21; Eberhardt, Diss. S. 33.

3) Vgl. im einzelnen unten S. 94

Wie bereits dargestellt wurde, besteht grundsätzlich keine Behandlungspflicht des Arztes, woraus sich allgemein eine Aufklärungspflicht ableiten ließe. Wenn jedoch der Arzt - gleich unter welchen Umständen - seine Bereitschaft zum Ausdruck bringt, sich mit dem Patienten zu befassen und ihn gegebenenfalls auch zu behandeln, so hat das zur Folge, daß der Arzt damit in eine Beziehung zu dem Betroffenen tritt, die sich mit einer Art Garantenstellung ¹⁾ vergleichen ließe. Diese Art Garantenstellung würde darin bestehen, daß der Arzt es übernimmt, für die Erhaltung der Gesundheit oder für die Heilung des Betroffenen etwas zu tun, wodurch zugleich ein Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient geschaffen würde. Dieses Vertrauensverhältnis würde dadurch konkretisiert, daß den Arzt insofern eine Schutzpflicht ²⁾ gegenüber dem Patienten trifft, die gegebenenfalls notwendigen und geeigneten, dem jeweiligen Zweck entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen.

Soweit sich für den Arzt aus seiner Bereitwilligkeit, überhaupt etwas für den Patienten zu tun, die Notwendigkeit eines Eingriffs ergibt, würde dies, um einen rechtmäßigen, d.h. durch die Einwilligung gerechtfertigten Eingriff ausführen zu können, eine Aufklärung seitens des Arztes erfordern. Eine solche Aufklärungspflicht läßt sich aus der Schutz- oder Garantenpflicht aber nicht ableiten wie im Falle einer durch Vertrag begründeten Behandlungspflicht. Die Garantenstellung, aus der die Garantenpflicht folgt, wird begründet durch die Übernahme einer Behandlung bei dem Betroffenen, ohne daß der Arzt dazu verpflichtet war. Die sich

-
- 1) In Anlehnung an die in der Strafrechtslehre im Zusammenhang mit der Lehre über das unechte Unterlassungsdelikt entwickelte Begriffsbildung; vgl. Schönke-Schröder, Vorb. § 1, Anm 99 ff; Maurach, Allg. Teil, S. 510, m. w. Nachw.
 - 2) Vgl. zur Garantenpflicht: BGH in NJW 1966, 1174; OLG Oldenburg in NJW 1961, 1938; OLG Celle in NJW 1961, 1939 m. w. Nach.

für den Arzt damit ergebende Schutzpflicht bezieht sich nur auf das tatsächliche Tun bzw. Unterlassen und löst unmittelbar keine weiteren Verpflichtungen aus. Eine solche weitere Verpflichtung ergibt sich für den Arzt erst dann, wenn dieses Tun mit einem Eingriff in die persönliche Rechtssphäre des Betroffenen verbunden ist. Ein entsprechender Eingriff seitens des Arztes bedeutet gegenüber dem Betroffenen eine Körperverletzung, die rechtswidrig ist, sofern kein Rechtfertigungsgrund gegeben ist ¹⁾. Folglich trifft den Arzt eine Aufklärungspflicht, um die Widerrechtlichkeit auszuschließen. Bei einer solchen Pflicht des Arztes handelt es sich jedoch nicht um eine Rechtspflicht zum Handeln, sondern um eine Pflicht i.S. einer "funktionellen Nötigung", wie das R. Schmidt ²⁾ genannt hat. Diese "Nötigung" besteht darin, daß die Widerrechtlichkeit der unerlaubten Handlung nur ausgeschlossen ist, d.h., daß im Ergebnis zivil- oder strafrechtliche Sanktionen nur vermieden werden, wenn der Arzt es nicht unterläßt, etwas zu tun, d.h. er ist, um die Rechtfertigung des Eingriffs herbeizuführen, genötigt aufzuklären, was jedoch nicht besagt, daß er verpflichtet ist aufzuklären, denn eine Rechtspflicht zur Unterlassung unerlaubter Handlungen (gem. §§ 823 ff. BGB) gibt es nach der Rechtsordnung nicht ³⁾. Aus dem Zweck des Gesetzes und der geregelten Interessenlage folgt, daß eine Verpflichtung erst mit der Begehung der unerlaubten Handlung entsteht und nicht schon vorher gegeben ist. Die Pflicht zur Aufklärung ließe sich demnach nur als eine Pflicht minderen Grades, d.h. gegebenenfalls als Obliegenheit bezeichnen ⁴⁾.

1) Vgl. R. Schmidt, S. 78/79.

2) R. Schmidt, S. 76.

3) R. Schmidt, S. 78; vgl. Esser, II, § 113 II, S. 474.

4) Vgl. Staudinger-Weber, Einl. § 241 Anm. M 14; Enneccerus-Lehmann, § 3 II; Esser I, S. 39; Eberhardt, Diss. S. 14, der auf den Bezugspunkt für die Aufklärungsobliegenheit eingeht, ihn aber nicht weiter verfolgt.

2. Die Aufklärungsobliegenheit

Die Aufklärung des Arztes als Obliegenheit anzusehen, setzt zunächst voraus, sich über den Begriff Obliegenheit sowie über die Frage klar zu werden, ob dieser Begriff als Kennzeichnung einer außerhalb vertraglicher Beziehungen zu begründenden Aufklärung geeignet ist.

Das Wort Obliegenheit bedeutet eine "Pflicht und Schuldigkeit" entsprechend einer aufliegenden Verbindlichkeit, Aufgabe ¹⁾. Nach dem allgemeinen Wortsinn handelt es sich um eine Pflicht, die nicht notwendig aus einer rechtsschäftlichen Beziehung abgeleitet wird. Staudinger-Weber ²⁾ bezeichnen die Obliegenheit" als eine gesetzliche oder auch vereinbarte keine Rechtspflicht darstellende Funktion, die sich aus einer rechtlich relevanten Lebensbeziehung von selbst ergibt und die von den Beteiligten zu erfüllen ist". Ihre daraus folgende entscheidende Bedeutung liegt darin, daß an ein bestimmtes tatbestandliches Verhalten des Obliegenheitsverpflichteten eine diesem rechtlich nachteilige Rechtsfolge geknüpft ist, die nicht in einem Erfüllungsanspruch oder einem Schadensersatzanspruch wegen einer Obliegenheitsverletzung besteht ³⁾. Es handelt sich also bei einer Obliegenheit um eine Pflicht minderen Grades wie auch minderer Zwangsintensität. Unter diese von R. Schmidt im wesentlichen mitbestimmte Begriffs- und Inhaltsbildung der Obliegenheit läßt sich die ärztliche auf den Eingriff bezogene Aufklärung i.S. einer Selbstbestimmungsaufklärung einordnen. Die Aufklärung bedeutet insofern eine "funktionelle Nötigung", d.h. eine Pflicht minderen Grades und Zwangsintensität für den Arzt, um das Erfordernis zu erfüllen, rechtmäßig zu handeln, da ihn andernfalls rechtliche Nachteile treffen würden. Recht-

1) R. Schmidt, S. 102; das BGB kennt den Begriff nur in § 2217 I BGB.

2) Staudinger-Weber, Einl. § 241 Anm. M 9 m w. Nachw.

3) Staudinger-Weber, aaO.; R. Schmidt, S. 102/103.

mäßig handeln heißt Wahrung des Selbstbestimmungsrechts, was seit Geltung des Grundgesetzes aus Art. 2 II Satz 1 folgt und insofern als Grundrecht indirekt für das Zivilrecht Bedeutung hat ¹⁾. Eine Nichtbeachtung des Selbstbestimmungsrechts hat den rechtlichen Nachteil zur Folge, daß keine wirksame Einwilligung zu dem Eingriff vorliegt. Daraus folgt jedoch noch nicht die Möglichkeit, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, wie das bei der Verletzung einer vertraglichen Aufklärungspflicht der Fall wäre. Die Verletzung einer Obliegenheit bedeutet keine Verletzung einer Rechtspflicht, sondern lediglich einer Pflicht minderen Grades. Ein Schadensersatzanspruch bei der Verletzung einer Obliegenheit ergibt sich erst in der weiteren Folge: Die fehlende oder mangelhafte Aufklärung bedeutet auf Seiten des Patienten eine Nichtbeachtung seines Selbstbestimmungsrechts und führt zunächst zu einem Fehlen der Einwilligung oder zu deren Unwirksamkeit, was den Eingriff unrechtmäßig werden läßt und erst insoweit eine Haftung auszulösen vermag. Die Aufklärungsobliegenheit ist in diesem Sinne allein auf die Einwilligung, auf das Recht des Patienten, selbst bestimmen zu können, bezogen, deren Rechtswirksamkeit herbeigeführt werden soll.

Damit stellt sich die Frage, wie in Bezug auf das Selbstbestimmungsrecht die Aufklärungspflicht im einzelnen zu bestimmen ist.

a) Die Aufklärungsobliegenheit in Bezug auf das Selbstbestimmungsrecht

Bei dem Hinweis ²⁾ auf die Bedeutung von Art. 2 II S. 1 GG für die Einordnung des ärztlichen Eingriffs als Körperverletzung i.S. von § 823 I BGB wurde schon deutlich, daß verfassungsrechtlich das Recht auf körperliche Unversehrtheit geschützt ist. Im Wertsystem der Grundrechte stellen die in Art. 2 II GG genannten Werte "Leben", "körperliche Unversehrtheit" und "Freiheit der Person" Teilwerte im Verhältnis zum allgemeinen Wert der menschlichen Freiheit dar.

1) Vgl. Maunz-Dürig, Art. 1 III, Rdz. 127 ff.

2) Vgl. oben S. 11

Der Wert "körperliche Unversehrtheit" ist also ein Teilfreiheitsrecht und bedeutet Freiheit von Schmerzen, Verunstaltung und vor Verletzung der körperlichen Gesundheit ¹⁾. Der einzelne kann also verlangen, und insoweit ist er geschützt, daß diese Freiheit gewahrt bleibt. Deshalb gibt es in der Regel auch keine "Heilzwangspflicht" ²⁾ des Arztes. Daher geht es zunächst weniger darum, Leben und Gesundheit des einzelnen zu schützen, sondern um das Recht des einzelnen, selbst darüber bestimmen zu können, ob er gesund bleiben will oder nicht, und ob zu diesem Zwecke in das Leben, in die Gesundheit eingegriffen werden soll. Dies beruht auf dem Gedanken, daß der Träger des Selbstbestimmungsrechts und des Wertes Leben, Gesundheit ein und dieselbe Person ist. Es können also nicht Dritte darüber entscheiden, welchem Wert der Vorzug zu geben ist, sondern dies kann nur der Träger dieser höchst persönlichen Rechte in Eigenverantwortlichkeit ³⁾. Der Arzt hat deshalb dem Patienten die Umstände mitzuteilen, die es dem Betroffenen ermöglichen, dieses Selbstbestimmungsrecht in Form der Einwilligung bzw. Ablehnung auszuüben. Man kann sagen, dem Arzt obliegt es, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, daß der Patient abwägen kann, eine Einwilligung zu dem Eingriff zu erteilen oder diesen abzulehnen. Dem Patienten soll die Gelegenheit gegeben werden, eine vernünftige Entscheidung treffen zu können, was aber nur möglich ist, wenn der Arzt alle Vor- und Nachteile eines Eingriffs erläutert.

So allgemein ist jedoch die Aufklärungsobliegenheit noch nicht ausreichend bestimmt. Zu berücksichtigen ist noch, daß in der Regel mit dem Eingriff ein bestimmter Zweck verbunden ist. Der jeweilige Zweck der ärztlichen Tätigkeit steht auch im Vordergrund des Arzt-Patientenverhältnisses ⁴⁾.

1) BGHZ 29, 46 ff.; Maunz-Dürig Art. 2 II Randz. 30; von Mangoldt-Klein, S. 187

2) Worauf bereits hingewiesen wurde, vgl. oben S. 18

3) Vgl. Deutsch in NJW 1965, 1985; Wulforst in NJW 1967, 649 ff.; Kohlhaas in NJW 1968, 1169 ff.

4) Vgl. Neidhardt in NJW 1956, 1097 ff.

Der Patient sieht daher auch zunächst nur die Zweckerfüllung, in der Regel eine Heilung oder Besserung, und deshalb übt der Patient sein Selbstbestimmungsrecht auch unter Bezug auf diesen Zweck aus. Soweit vom medizinischen Standpunkt ein Eingriff notwendig wird, ist die Einwilligung von daher insoweit bestimmt. Die Aufklärung geht demnach dahin, dem Kranken diese Indikation des Eingriffs, also die jeweilige Zweckrichtung, unter Berücksichtigung der Gefahren und der Erfolgsmöglichkeiten verständlich zu machen.

b) Die Aufklärungsobliegenheit in Bezug auf die "ethische Heilverpflichtung" des Arztes

Die Ausrichtung der Aufklärungsobliegenheit an der Zweckrichtung des Eingriffs hat zur Folge, daß ein weiterer Gesichtspunkt für die Bestimmung dieser Obliegenheit dann hinzukommt, wenn man den Schwerpunkt ärztlichen Wirkens, nämlich die Heilung, miteinbezieht. Die Zweckrichtung eines Eingriffs wird in der Regel in der Heilung oder Besserung eines Leidens liegen, denn darauf richtet sich das Verlangen des Patienten.

Der Arzt handelt aber auch ohne ein besonderes Verlangen des Patienten und ohne vorherige Begründung einer vertraglichen Behandlungspflicht, wenn er sich von sich aus bereit erklärt, etwas zu tun. Aus seinem Beruf als Arzt und als Heilkundiger heraus hat der Arzt eine Verpflichtung im ethischen Sinn wahrzunehmen ¹⁾, das nach seinen Kenntnissen und Erkenntnissen Erforderliche für die Heilung zu veranlassen. Diese "ethische Verpflichtung" besteht weniger in der Vornahme bestimmter Maßnahmen, sondern im wesentlichen darin, alles zu tun, was der Heilung förderlich sein könnte.

1) Vgl. BGH LM § 823 Nr. 2; Enneccerus-Lehmann, § 234 II 2 c: Eine Berufspflicht ist nur dann von Bedeutung, wenn der Betroffene in irgendeiner, nur rein tatsächlichen Weise in der Obhut des Arztes steht; vgl. Ziegler, Diss. S. 36; Neidhardt in NJW 1956, 1097 ff.

Dem Patienten steht es zwar im Rahmen seiner Autonomie frei, darüber zu entscheiden, ob er zu dem indizierten Eingriff seine Einwilligung erteilen will oder nicht. Dem Arzt obliegt es aber, sobald er heilend oder allgemein helfend tätig wird, dafür zu sorgen, daß der Patient einen notwendigen Eingriff in seiner Bedeutung, Auswirkung und in seinen Folgen als sinnvoll im Hinblick auf eine Heilung ansieht ¹⁾. Der Arzt hat also dem Patienten die für die Willensbildung geeigneten, den Heilzweck berücksichtigenden Argumente unter Berücksichtigung des Umstandes zu liefern ²⁾, daß in erster Linie eine "Heilverpflichtung" zu erfüllen ist. Das Selbstbestimmungsrecht wird insofern von einer Art Fürsorge überlagert, denn der Patient kann eine auf den Heilzweck gerichtete Einwilligung nicht abgeben, wenn der Arzt nicht auf den Patienten eingewirkt hat, daß dieser die Notwendigkeit einer Heilung oder Besserung verschaffenden kunstgerechten Eingriffs eingesehen hat ³⁾. Die Autonomie des Patienten wird damit mit einer Fürsorge seitens des Arztes verbunden. Würde man die Autonomie des Patienten allein sehen und berücksichtigen, so bleibt dem Arzt bei einer Ablehnung eines gebotenen und eines erläuterten Eingriffs nichts anderes übrig, als zu resignieren. Gerade weil der Arzt aber immer zunächst einer "Heilverpflichtung" nachzukommen hat, hat er alles zu tun, um die "Verpflichtung" erfüllen zu können. Das bezieht sich nicht allein auf bestimmte Maßnahmen, sondern vor allem auf eine Einwirkung

1) Vgl. Ziegler, Diss. S. 27, Anm. 23, der vermerkt, es gehe nicht nur um die Wahrung der körperlichen Unversehrtheit, vielmehr müsse der Arzt den Patienten dahinbringen, dem ärztlichen Vorschlag zu folgen und einzuwilligen.

2) Vgl. Geilen, S. 88/90; Ziegler, Diss., S. 75.

3) Vgl. Geilen, S. 82; er spricht von einer Selbstbestimmungsaufklärung, die daraus folge, daß beim Heileingriff zu der Sorgfaltsanspannung noch die Aufklärung i.S. einer Selbstbestimmungsfürsorge hinzukomme.

auf den Patienten, damit dieser entweder von dem Eingriff und seiner Notwendigkeit im Sinne des Heilzweckes überzeugt ist oder bestimmt wird, seinen Entschluß gegebenenfalls zu ändern oder erneut zu überdenken ¹⁾.

Der Arzt steht dem Patienten immer als ein "Helfender" ²⁾ gegenüber und nicht als beliebiger Dritter, womit sich für den Arzt zugleich auch eine Verantwortung ergibt ³⁾. Dies folgt aus dem Umstand, daß den Arzt stets eine standesethische "Verpflichtung", im Sinne einer Hilfe-oder Fürsorgepflicht trifft, wenn er seine Bereitschaft zum Ausdruck bringt, für den Betroffenen als Heilkundiger etwas zu tun. Diese "Verpflichtung" ist nicht Ausfluß einer Garantenstellung. Eine solche besteht nur bei einer Hilfeleistung in Unglücksfällen. Die standesethische "Hilfepflicht" besteht für den Arzt immer, wenn er sich zu einem Handeln veranlaßt sieht, unabhängig davon, ob eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung begründet wurde oder nicht. Die ethische "Heilverpflichtung" ist dem ärztlichen Wirken immanent. Das ärztliche Tun steht unter dem Gebot, daß das Wohl des Kranken das höchste Gesetz sei ⁴⁾ (salus aegroti suprema lex). Der sich mit dem ärztlichen Handeln ergebende Pflichtenbereich steht deshalb auch unter diesem Gebot. Folglich ist auch die Aufklärungsobliegenheit im Zusammenhang mit einer "ethischen Heilverpflichtung" und damit in Verbindung mit einer Fürsorge zu sehen.

Damit wird deutlich, wie die Aufklärungsobliegenheit zu bestimmen ist: Sie steht zunächst unter dem Postulat des jeweiligen Zwecks der ärztlichen Tätigkeit, über die der Kranke die erforderliche Kenntnis erlangen soll. Die unmittelbare Wirkung der Aufklärung geht (insofern) über das Nur-Ermöglichen des Selbstbestimmungsrechts insofern hinaus, als die Entscheidung des Patienten, durch die Ausführungen des

1) Vgl. auch BGH in VersR 1954, 98; betr.: Die Pflicht des Arztes, den Patienten auf die Notwendigkeit der Heilbehandlung hinzuweisen; vgl. Ziegler, Diss. S. 35; Wietölter, S. 103.

2) Friedrich in VersR 1954, 329 ff. und 380 ff.

3) Vgl. Neidhardt in NJW 1956, 1097; Müller in NJW 1956, 1099.

4) Vgl. Junghanns, S. 59.

Arztes ausgelöst, im Sinne des verfolgten Heilzwecks sinnvoll und vernünftig wird und nicht leere Förmlichkeit bleibt.

Liegt eine entsprechende Aufklärung vor, so ist die Einwilligung wirksam und folglich der Eingriff rechtmäßig. Fehlt sie oder wird sie unterlassen oder nicht ausreichend vorgenommen, so führt dies zunächst nur zur Unwirksamkeit der Einwilligung. Erst die weitere Folge der Unwirksamkeit der Einwilligung führt zur Unrechtmäßigkeit des Eingriffs, und damit u.U. zum Schadensersatz ¹⁾. Deutsch ²⁾ bringt hier das Bild, "das Selbstbestimmungsrecht sei in gewisser Weise transparent, weil dahinter das geschützte Rechtsgut, der Körper, die Gesundheit erscheine. Eine Verletzung der Aufklärungsobliegenheit hat deshalb auch nur mittelbar einen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Arzt zur Folge ³⁾."

3. Die vertragliche Aufklärungspflicht

Im Anschluß an die allgemeinen Überlegungen über die Begründung einer vertraglichen Aufklärungspflicht soll nun im einzelnen diese Pflicht bestimmt und, soweit sie im Zusammenhang mit einem Eingriff gesehen wird, gegenüber anderen vertraglichen Pflichten abgegrenzt werden. Zuvor ist jedoch der Vollständigkeit halber der Arztvertrag als solcher noch zu charakterisieren.

a) Der Rechtscharakter des Arztvertrages

Der Arztvertrag ist im BGB nicht typisiert. Er ist ein gegenseitiger und regelmäßig auch personenbezogener Vertrag, weshalb es naheliegt, diesen Vertrag als Dienstvertrag gem. § 611 BGB einzuordnen ⁴⁾.

Die Tätigkeit des Arztes vollzieht sich in der Regel im eigenbestimmten Dienst an einen anderen ⁵⁾, dem Patienten. Allerdings ist die ärztliche Tätigkeit nicht ausschließlich

1) Vgl. unten S. 108 f

2) Deutsch in NJW 1965, 1988.

3) Vgl. Eberhardt, Diss. S. 14.

4) BGHZ 2, 94 im Zusammenhang mit einem Krankenkassenaufnahmevertrag; LG Hannover in NJW 56, 348.

5) Erman-Küchenhoff Vorbem. § 611 Anm. 1b; Soergel-Siebert § 611.

auf einen Dienst gegenüber dem anderen Vertragsteil beschränkt, sondern unter Umständen auch auf die Erstellung eines Werkes gerichtet im Sinne von § 651 BGB, so z.B. bei der Anfertigung einer Zahnprothese ¹⁾.

Mit Rücksicht darauf, daß der Arzt gewöhnlich einen Heildienst an dem Patienten vollzieht, bestehen Schwierigkeiten, den Arztvertrag streng als Dienstvertrag einzuordnen. Der Arzt leistet nicht nur einen pflichtgemäßen, vertragsmäßigen Dienst und erhält dafür ein Honorar, sondern nimmt im Interesse des Patienten noch eine Fürsorge wahr. Dies bezieht sich nicht auf eine Geschäftsbesorgung gemäß § 675 BGB, denn die ärztliche Tätigkeit ist etwas anderes als eine wirtschaftliche Tätigkeit für und im Interesse eines anderen. Ihr liegt eine ethische Pflicht zugrunde, weil der Arzt Fürsorge leistet und Verständnis aufzubringen hat, worauf sich das Vertrauen des Patienten aufbaut ²⁾.

Der Arztvertrag geht deshalb über den regelmäßigen Inhalt eines Dienstvertrages hinaus, denn es stehen sich nicht zwei sich entsprechende Leistungen gegenüber. Vielmehr geht es um die Erhaltung oder Herstellung der Gesundheit, um Heilung, die sich nicht allein mit medizinisch-technischen Kenntnissen, sondern vor allem durch die Erfüllung einer zwischenmenschlichen, aus dem Vertrauen des Patienten zu dem Arzt sich ergebenden Aufgabe erreichen läßt. Wiethölter ³⁾ hat m.E. zutreffend darauf aufmerksam gemacht, daß sich Arzt und Patient nicht "waffengleich" gegenüberständen, denn bei dem Arzt sei die Autorität und bei dem Patienten die Schwäche. Der Vertrag läßt sich daher nur als ein Vertrag sui generis ⁴⁾ bezeichnen, denn das Handeln des Arztes zum Wohl des Menschen

1) Vgl. Göppinger S. 54; AG Krefeld in NJW 1957, 1512 für orthopädische Einlagen.

2) Vgl. Lenckner in NJW 1965, 232.

3) Wiethölter, S. 105; vgl. Jaspers S. 476/77.

4) Vgl. LG Hannover in NJW 1956, 348; Göppinger, S. 58.

läßt sich nicht in ein typisiertes gegenseitiges Leistungs- und Austauschverhältnis eingliedern. Das Vertragsverhältnis beinhaltet in der Regel mehr als nur konkret erfaßbare und abgrenzbare Rechtsbeziehungen. Als Besonderheit ist noch hervorzuheben, daß der Arzt als der "Dienstverpflichtete" gegenüber dem Kranken, als dem Dienstherrn, eine Reihe von Schutz- und Sicherungspflichten wahrzunehmen hat, welche im Falle eines echten Dienstverhältnisses auf Seiten des Dienstherrn liegen würden.

Im einzelnen sind die Vorschriften über den Dienstvertrag entsprechend, soweit es sich um einen Werkvertrag handelt, die über den Werkvertrag unmittelbar auf das Arzt-Patientenverhältnis anwendbar. Bezüglich der Anwendung der §§ 611 ff BGB ist letztlich von Bedeutung, daß der Arzt gegenüber dem Patienten eine Dienstleistung, wenn auch eine besonders gelagerte erfüllt.

b) Der Gegenstand des Vertrages

Das Arzt-Patientenverhältnis ist vielschichtig. Es kommt dabei darauf an, was der Patient von dem Arzt verlangt. Ohne hier auf medizinische Einzelheiten einzugehen, läßt sich das Verlangen des Patienten etwa wie folgt einordnen, um damit den Gegenstand des Vertrages zu bestimmen:

In aller Regel steht ein Heilverlangen im Vordergrund. Für den Arzt bedeutet das, daß bestimmte medizinisch-technische Maßnahmen erforderlich werden, um diesem Verlangen Rechnung tragen zu können. Zu diesen Maßnahmen gehört dann auch ein operativer Eingriff, soweit sich ein solcher aufgrund des Untersuchungsergebnisses als notwendig erweist.

Gegenstand des Vertrages kann auch eine Diagnose ¹⁾, eine Aufklärung über die Krankheit sein oder auch ein Rat oder ein Vorschlag, wie einem bestimmten z.B. ambulant zu behandelnden Leiden durch ein entsprechendes Verhalten des Patienten

1) Vgl. Roemer, S. 5 ff; Reitelmann, Diss. S. 29.

begegnet werden kann.

Abgesehen von einer Heilbehandlung oder einem Heileingriff, kann sich der Inanspruchnahme des Arztes durch den Patienten auch auf einen Nichtheileingriff beziehen, sei es eine kosmetische Operation, eine Entfernung äußerlicher Mißbildungen oder ähnliches.

Denkbar ist es auch, daß die Aufklärung zum Hauptgegenstand des Vertrages gemacht wird. Dies kann sich auf eine Aufklärung über das Krankheitsbild (Diagnoseaufklärung) oder auf einen Eingriff, seine Bedeutung und seine Auswirkung beziehen. In Betracht kann auch eine Aufklärung kommen, die den Zweck hat, den Kranken oder auch einen "Gesunden" bei dem Vorliegen bestimmter Symptome auf die Tragweite seiner Krankheit und eines unter Umständen notwendigen Eingriffs, z.B. bei Amputationen, oder auch auf die Gefahren bei an sich unbedeutenden Symptomen, z.B. für eine Schwangerschaft, hinzuweisen. Eine entsprechende Aufklärung kann auch deshalb erforderlich werden, weil der Eingriff Auswirkungen auf den persönlichen Lebensbereich hat, u.U. auch auf die Familie oder auf den gegenwärtigen oder zukünftigen Beruf.

Eine Aufklärung über einen Eingriff, die als Hauptpflicht eines Arztvertrages allerdings selten sein wird ¹⁾, liegt dann vor, wenn der Patient von dem Arzt verlangt, ihn nur über einen Eingriff gleich welcher Art im Zusammenhang mit einem bestimmten Krankheitsbild zu unterrichten. Dem Patienten geht es darum zu wissen, wie sein Zustand medizinisch zu beurteilen ist, oder ob eine bestimmte Behandlung notwendig bzw. sinnvoll erscheint.

c) Die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag

aa) Die Hauptpflichten und Rechte

Soweit sich das Arzt-Patientenverhältnis entsprechend den

1) Vgl. Wiethölter, S. 105; Roemer, S. 5.

Bestimmungen über den Dienstvertrag regelt, ergeben sich die Hauptpflichten und Rechte aus §§ 611 ff BGB. Der Arzt hat in erster Linie die versprochene Leistung, sei es Behandlung, Operation etc., zu erbringen, wofür er von dem Vertragspartner, sei es der jeweilige Patient oder auch ein Dritter wie z.B. die Krankenkassen, die vereinbarte Vergütung erhält.

Finden auf die Tätigkeit des Arztes die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung, so wird wegen der vertraglichen Hauptpflichten und der Rechte der Vertragspartner auf § 631 und im einzelnen auf §§ 632 ff BGB verwiesen. Eine Tätigkeit des Arztes die sich ausschließlich nach Werkvertragsregeln bestimmt, gehört jedoch zu den Ausnahmen, weshalb damit zusammenhängende Fragen außer Betracht bleiben sollen.

bb) Die Aufklärung als vertragliche Nebenpflicht

Die Verpflichtung des Arztes (als Hauptpflicht) besteht in der Regel in der Erfüllung eines Heilverlangens. Deshalb soll auch hier die Heilbehandlung im Mittelpunkt der Betrachtung stehen. Für eine Heilbehandlung kann zwar im Einzelfall die Aufklärung eine unmittelbare Bedeutung haben ¹⁾, z.B. bei einer psychotherapeutischen Behandlung, ein unmittelbarer Faktor der Heilung ist sie aber deswegen noch nicht.

Auch wenn die Aufklärung keinen unmittelbaren Faktor der Heilung darstellt, so muß man sie doch als einen, wenn auch am Rande liegenden, Teil der Hauptpflicht ansehen. Der Kranke möchte zwar zunächst den Heilzweck, nämlich die Förderung, Besserung oder Wiederherstellung der Gesundheit verfolgt sehen, die Erfüllung dieser Hauptpflicht läßt sich für den Arzt aber nur durch die gleichzeitige Erfüllung einer Reihe anderer Pflichten, sogen. Nebenpflichten, erreichen. Zu diesen Nebenpflichten gehören im Rahmen eines Arztvertrages u.a.

1) Vgl. Staudinger-Weber, § 242 A 856.

eine Schutz- und Obhutspflicht und vor allem die Aufklärungspflicht. Diese Pflichten ergeben sich unmittelbar aus dem Vertrag. Sie gewährleisten erst allgemein oder aus ihrer besonderen Funktion heraus ein Wirksamwerden der Hauptpflicht ¹⁾. Sie werden also notwendigerweise mitgeschuldet ²⁾. Der Arzt kann den Patienten mit Erfolg erst behandeln, wenn er die äußeren Voraussetzungen dafür erbringt, z.B. entsprechende Pflege, Verhütung von Infektionen etc.. Außerdem hat der Arzt stets die Person, den Körper, das Wohlergehen des Patienten zu achten, und er kann deshalb nicht ohne jegliches Einverständnis des Patienten handeln. Daraus ergibt sich für den Arzt die Verpflichtung, den Kranken über den Stand der Behandlung, das bisherige Ergebnis und gegebenenfalls über weitere Maßnahmen und deren Sicherung zu unterrichten. Das besagt, daß Übereinstimmung zwischen Arzt und Patient über die vorgesehene Behandlung sowie insbesondere über die dazu notwendigen Maßnahmen bestehen muß ³⁾.

Diese generelle Übereinstimmung wird sich vielfach bereits mit der an den Abschluß des Arztvertrages anschließenden Konsultation hinsichtlich des Behandlungszwecks und der Behandlungsmaßnahmen ergeben, soweit diese vor Beginn der eigentlichen Behandlung in großen Zügen festgelegt werden konnten. Selbst wenn man davon ausgehen kann, daß sich der Patient mit den Maßnahmen des Arztes regelmäßig einverstanden erklärt, heißt das nicht, daß die Willenserklärung zum Abschluß des Vertrages und die Einwilligungserklärung zusammen erfaßt werden können. Gedanklich sind sie zu trennen ⁴⁾,

1) Staudinger-Weber, § 241, Anm. 8/9; Esser I, 5 S. 24/25.

2) Steindorf in JZ 1960, 139 ff.; Wiethölter, S. 105; Göppinger, S. 53 ff.; Mähler, Diss., S. 67.

3) Wiethölter, S. 102.

4) Vgl. Eberhardt, Diss. S. 16/17, der darauf verweist, Einwilligung und vertragsbezogene Willenserklärung könnten zusammenfallen.

auch soweit beide Erklärungen miteinander verbunden werden ¹⁾.

Stehen im einzelnen die Maßnahmen nicht fest, hat der Arzt in jedem Falle eine Aufklärungspflicht, deren Inhalt in erster Linie darin besteht, eine wirksame Einwilligung zu dem indizierten Eingriff herbeizuführen und weiterhin die Mitwirkung des Patienten zu erreichen, den Heilzweck des Eingriffs zu sichern. Diese Pflicht besteht während der gesamten Vertragsdauer, da der Patient stets über das aufzuklären ist, was an Maßnahmen auf ihn zukommt bzw. wie der jeweilige Stand der Behandlung zu beurteilen ist und gefördert werden kann. In diesem Sinne greifen zwei verschiedene Aufklärungsbereiche ineinander: Einmal der in Bezug auf einen Eingriff und zum anderen der hinsichtlich einer allgemeinen Unterrichtung bzw. Sicherung bereits getroffener Maßnahmen. Dieser letzte Bereich der Aufklärung, auch Sicherungsaufklärung genannt, tritt aber gegenüber der Eingriffsaufklärung an rechtlicher Bedeutung zurück.

a₁) Die Aufklärung über den Eingriff in Bezug auf das Arzt-Patienten-Verhältnis

Das Arzt-Patienten-Verhältnis ist ein komplexes Verhältnis, weil sich zwei Personen gegenüberstehen, die in ihren Beziehungen ungleich sind. Sobald der einen Arzt vertrauensvoll aufsuchende Patient sich darauf einrichtet, daß eine gemäß den Erkenntnissen des Arztes bestimmte Behandlung ausgeführt werden soll, ordnet er sich dem Willen und der Behandlungsmethode des Arztes unter. Diese Bereitwilligkeit, sich auf den Arzt einzustellen, geht aus dem Heilwunsch des Patienten oder allgemein aus dem Wunsch hervor, sich über-

1) An eine Befreiung von dieser Pflicht könnte nur auf Grund eines Verzichts gedacht werden, den der Patient zum Ausdruck gebracht haben muß, was jedoch besonders festzustellen ist. Ziegler, Diss. S. 34, Anm. 14 meint, die Aufklärungspflicht könne durch Vereinbarung ausgeschlossen werden. Damit fragt es sich, inwieweit auf das Selbstbestimmungsrecht verzichtet werden kann, vgl. unten S. 83/84.

haupt behandeln zu lassen. Demzufolge ist der Patient auch bereit, sich auf das einzustellen, was ihm nach den Erläuterungen des Arztes als sinnvoll und für die Erreichung des jeweiligen Zweckes geeignet erscheint. In diesem Sinne ist der Arzt gegenüber dem Patienten der Bestimmende, weil er den Ablauf der Behandlung allein in der Hand hat.

Dieses ungleiche Verhältnis hat für die Begründung des Vertrages weniger, für den Bereich der Pflichten aber entscheidende Bedeutung. Mit dieser beherrschenden Stellung übernimmt der Arzt zugleich eine weitgehende Verantwortung gegenüber dem Patienten, die sich allgemein in Sorgfalts-, Schutz- oder Erklärungs- und Fürsorgepflichten ausdrückt. Dem Vertrag sind diese Pflichten notwendig immanent, weil sich der Vertragszweck sonst nicht erfüllen ließe. Der Kranke kann für sich selbst nur wenig tun. Alles was geschieht, veranlaßt der Arzt. Bezieht man diese Abhängigkeit des Kranken auf einen vorzunehmenden Eingriff, so hat das auch Bedeutung für den Inhalt der Aufklärung. Der Patient verläßt sich darauf, daß der Arzt ihn bei der Entscheidung unterstützt. Der Arzt wirkt nicht nur durch seine Aufklärung mit, sondern seine Mitwirkung besteht auch gegebenenfalls darin, Bedenken des Kranken gegen einen Eingriff zu zerstreuen.

Die Entscheidung über den Eingriff trifft zwar der Kranke nach den Auskünften und Erläuterungen selbständig. Da jedoch die Entscheidung für den Kranken ein persönliches Problem sein kann, wird der Arzt den Kranken fürsorgend unterstützen und ihm die Entscheidung erleichtern. In gewissem Sinne erwartet auch der Patient von dem Arzt, daß dieser ihm die Entscheidung so leicht wie möglich macht. Die Aufklärungspflicht hat insoweit einen doppelten Inhalt: Sowohl Mitteilung der vorgesehenen Behandlung und ihre Bedeutung als auch Ausrichtung darauf, dem Patienten diese so klar und so verständlich zu machen, daß dieser vertrauensvoll an die Behandlung glaubt und auch seine Einwilligung erteilt. Damit kommt zum Ausdruck, daß die Aufklärungspflicht auch im

Zusammenhang mit einer Fürsorgepflicht steht.

Die vertragliche, auf den Eingriff bezogene Aufklärungspflicht gründet sich insoweit auch noch auf andere Nebenpflichtenbereiche als nur auf den Bereich der Aufklärung i.S. einer Anzeige-, Mitteilungs- und Erklärungspflicht¹⁾, was dem komplexen Verhältnis zwischen Arzt und Patient entspricht. Diese fürsorgende Aufklärung bedeutet keine Bevormundung des Patienten. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten wird nicht berührt, wenn zum Zwecke der Heilung im Interesse des Kranken die Einwilligung in einen indizierten Eingriff durch die Art und Weise der Aufklärung erreicht wird, ohne daß eine Fehlvorstellung auf Seiten des Patienten besteht.

a₂) Die Bedenken gegen eine vertragliche Aufklärungspflicht

Die Bedenken sind im wesentlichen deshalb erhoben worden, weil aus dem Arzt- bzw. Behandlungsvertrag der dargestellte Inhalt der Aufklärungspflicht nicht abgeleitet werden könne²⁾. Man wendet ein, der Gegenstand des Vertrages sei allein die Hilfeleistung³⁾ und die Aufklärung als Selbstbestimmungsaufklärung könne daraus nicht so ohne weiteres gefolgert werden. Engisch⁴⁾ meint, dies hänge gegebenenfalls von dem Inhalt des Vertrages und seiner Auslegung ab. Im Ergebnis sieht er aber bei der Auslegung des Vertrages die Schwierigkeit darin, daß sich u.U. die Notwendigkeit ergeben würde, widerstreitende Interessen zwischen Arzt und Patient abwägen zu müssen. Deshalb zieht er die Lösung vor,

1) Vgl. Staudinger-Weber, Einl. § 241, Anm. F 20.

2) E. Schmidt in Der Arzt im Strafrecht, S. 37; Engisch in Der Krankenhausarzt, S. 139/40; Reitelmann, Diss. S. 63 ff.; vgl. auch Grünwald in ZStW 73, 33; Geilen, S. 53 ff.

3) Grünwald, aaO., S. 9 ff.

4) Engisch, aaO., S. 140.

das ärztliche Handeln im deliktsrechtlichen Sinne einzuordnen und die Aufklärungspflicht ausschließlich auf das Selbstbestimmungsrecht als Ausfluß des Rechts auf körperliche Unversehrtheit zu beziehen.

Weiterhin wird geltend gemacht, mit der Begründung einer vertraglichen Aufklärungspflicht würde das Problem des Verhältnisses Aufklärung-Einwilligung auch nicht gelöst, sondern nur vom Deliktsrecht auf das Vertragsrecht verlagert ¹⁾.

Diesen Einwänden ist zunächst entgegenzuhalten, daß auch im Rahmen eines Vertrages die Selbstbestimmung berücksichtigt wird. Der Arzt klärt auf, um dem Patienten Wissen zu vermitteln, damit er sich vernünftig entscheiden kann, und diese Entscheidung vollzieht sich in der Zustimmung oder Ablehnung einer bestimmten ärztlichen Maßnahme, die der Arzt als vertragliche Pflicht auszuführen beabsichtigt. Die Aufklärung dient insofern zugleich dem Einverständnis zwischen Arzt und Patient.

Soweit überhaupt Einwände denkbar sind, könnten sie sich auf den Hinweis beziehen, der spezifische Inhalt der Aufklärung i.S. einer Fürsorge ließe sich aus dem Vertrag nicht ableiten. Darauf hat Geilen ²⁾ aufmerksam gemacht, wenn er bezweifelt, ob eine Selbstbestimmungsaufklärung zum Wesen des Arztvertrages passe. Unter Bezug auf den BGH ³⁾ meint er, das Arzt-Patienten-Verhältnis lasse sich nicht in eine bloß "juristische Vertragsrelation" einordnen. Geilen läßt daher auch die Frage offen, ob sich mit dem Argument, es liege nur eine Problemverlagerung vor, etwas gegen die Begründung der vertraglichen Aufklärungspflicht aussagen ließe. Soweit eine Aufklärungspflicht ausschließlich auf einen Vertrag gestützt werden soll ⁴⁾, bedeutet es aller-

1) Grünwald, aaO., S. 10/11; Reitelmann, Diss. S. 63 ff.

2) Geilen, S. 53 ff.

3) BGHZ 29, 53.

4) Vgl. Steindorff in JZ 1960, 139 ff.; Wiethölter, S. 59 ff.; Mähler, Diss. S. 49.

dings nur eine Problemverlagerung, aber auch nicht mehr, wobei sich aber noch die zu beantwortende Frage stellt, inwieweit eine solche Ausschließlichkeit nicht vom Ansatz her auf Bedenken stößt.

Der Auffassung, das Arzt-Patienten-Verhältnis sei mehr als eine Vertragsbeziehung, kann jedoch nicht zugestimmt werden. Der Arzt als Vertragspartner tritt dem Patienten nicht nur als Leistender, sondern sowohl als Dienender als auch als Helfender gegenüber ¹⁾. Der Arzt stellt sich auf den Patienten als Mensch und Kranken sowie auf seine Krankheit ein. Da eine Krankheit sich bei dem einzelnen Patienten unterschiedlich auswirken kann, ergeben sich für den Arzt bei der Therapie bzw. Behandlung oder auch dem unmittelbaren Eingriff unterschiedlicher Anforderungen. Das heißt, der Arzt muß seine Tätigkeit individuell auf den einzelnen Kranken abstellen. Daraus folgen für den Arzt von Fall zu Fall unterschiedliche Nebenpflichten.

In den differenzierten Bereich verschiedenster vertraglicher Nebenpflichten läßt sich die Aufklärungspflicht einordnen. Der Vertragszweck ist zwar allein die Heilung, aber das läßt sich nicht nur i.S. einer naturwissenschaftlich-mathematischen Aufgabe lösen. Soweit es um die Aufklärung geht, ist es im Rahmen des Vertrages nicht damit getan, das Für und Wider der Behandlung, den Erfolg, die Auswirkung oder mögliche Gefahren dem Patienten zu erläutern. Vielmehr hat auch der Arzt die Aufgabe, den Patienten eine Einstellung zu seinem Leiden, seine Erkrankung finden zu lassen und auch dafür zu sorgen, daß der Patient den Eingriff entsprechend den ärztlichen Kenntnissen als vernünftig und sinnvoll für die Heilung ansieht und beurteilt. Eine außerhalb des Vertrages sich im Sinne einer Selbstbestimmungsfürsorge bestimmenden Aufklärung erfüllt sich insofern auch im Rahmen eines Vertrages. Auch hier hat der Arzt den Patienten zu

1) Vgl. Friedrich in VersR 1954, 380.

beraten und ihm die Entscheidung zu erleichtern.

4. Das Verhältnis von vertraglicher Aufklärungspflicht und Aufklärungsobliegenheit

a) Die Bedeutung der Aufklärungspflicht gegenüber der Aufklärungsobliegenheit

Zur Verdeutlichung des Verhältnisses von Aufklärungspflicht und Aufklärungsobliegenheit ist vom Ansatz der bisherigen Betrachtung auszugehen: Die Einordnung der ärztlichen Aufklärungspflicht steht in einem Zusammenhang mit einer im Sinne der Rechtsordnung denkbaren Abstufung des Pflichtenbereiches, was sich in der unterschiedlichen Begründung der Aufklärungsobliegenheit und der Aufklärungspflicht ausdrückt.

Soweit die Tätigkeit des Arztes eine Vertragspflicht darstellt, hat der Arzt sie als vertragliche Pflicht, sei es als Haupt- oder Nebenpflicht, im Rahmen der ärztlichen Kenntnisse und Erkenntnisse zu erfüllen. Die entsprechende Aufklärung über einen Eingriff als Teil eines Arzt- oder Behandlungsvertrages ist dann die Erfüllung einer vertragstypischen Pflicht ¹⁾.

Der Arzt hat aber, sobald er seine Bereitschaft zum Ausdruck bringt, einen Kranken zu behandeln, unabhängig davon, ob ein Vertrag zustandekommt, eine Art Garanten- oder Schutzpflicht gegenüber dem Kranken. Diese "Pflicht" läßt sich, wenn sich der Arzt zu einem Eingriff genötigt sieht, wirksam nur vollziehen, wenn der Arzt über den Eingriff aufklärt, damit der Patient einwilligt und somit die Körperverletzung rechtfertigt. Dem Arzt obliegt eine Aufklärung, die bezüglich ihres Inhalts ganz allgemein unter Berücksichtigung einer "ethischen Heilverpflichtung" zu bestimmen ist, weil er andernfalls ohne rechtswirksame Einwilligung rechtswidrig handeln würde.

1) Vgl. Eberhard, Diss. S. 16.

Soweit die Aufklärungspflicht vertraglich begründet wird, führt das nicht dazu, daß damit die Obliegenheit aufgehoben wäre, denn diese besteht immer bei ärztlicher Eingriffstätigkeit. Die vertragliche Pflicht bedeutet gegenüber der Obliegenheit lediglich eine ausgestaltete, stärkere Verpflichtung des Arztes, weil das Arzt-Patienten-Verhältnis mit Abschluß eines Vertrages ausschließlich durch diesen bestimmt wird. Durch den Vertrag wird der Pflichtenbereich des Arztes im einzelnen ausgeprägt. Gegebenenfalls hat der Patient auch einen Anspruch auf Aufklärung, wenn man eine vertragliche Aufklärungspflicht als Nebenleistungspflicht ¹⁾ ansieht, worauf noch im einzelnen einzugehen ist ²⁾. Die Obliegenheit ist gerade dadurch gekennzeichnet, daß sie eine Pflicht minderen Grades, milderer Zwangsintensität darstellt, die nur insofern von Bedeutung ist, als keine Rechtspflicht besteht, von der sie gegebenenfalls verdrängt oder überlagert wird. Dies gilt auch für die "ethische Heilverpflichtung", die insofern durch den Vertrag i.S. einer Nebenpflicht ausgestaltet ist. Der Arzt- oder Behandlungsvertrag konkretisiert die Rechtsbeziehungen zwischen Arzt und Patient bereits dort, wo im Ansatz für die Obliegenheit nur die Bereitwilligkeit des Arztes steht, überhaupt etwas zu tun, da es keine Behandlungspflicht des Arztes gibt. Mit Abschluß des Vertrages ergibt sich für den Arzt die Pflicht zu handeln und damit auch der Bereich der Nebenpflichten, was entsprechend dem Inhalt des Vertrages auch noch näher bestimmt sein kann.

1) Vgl. Staudinger-Nipperdey, § 675, Anm. 9; Kleinewefers in VersR 1963, 289.

2) Vgl. unten S. 89

b) Die Bedenken gegen eine Begründung einer abschließlichen vertraglichen Aufklärungspflicht

Steindorff und Wiethölter ¹⁾ sind im Ergebnis der Auffassung, das Problem der einwilligungsbezogenen Aufklärungspflicht lasse sich zutreffend nur aus dem Vertrag herauslösen. Hinter diesem Lösungsversuch steht die Absicht, die Frage des Umfangs der Aufklärungspflicht neu zu durchdenken, denn der Arzt werde durch die bisherige Rechtsprechung ²⁾ hinsichtlich des Umfangs der Aufklärung überfordert ³⁾. Davor müsse der Arzt gerade geschützt werden, was sich aber nur erreichen ließe, wenn man Arzt und Patient als Rechtsgenossen sehe und innerhalb des Arzt-Patienten-Verhältnisses dem Arzt eine eigene Verantwortung gegenüber dem Patienten zuerkenne ⁴⁾.

Im einzelnen sind die Begründungen der beiden Autoren teilweise unterschiedlich.

Steindorff sieht zunächst in dem Wandel der Auffassungen über die tatbestandsmäßige Einordnung des ärztlichen Eingriffs Anlaß zu der Frage, ob nicht der Umfang der Aufklärung anders gesehen werden müßte, wenn es darum gehe, ob eine Eigenmächtigkeit des Arztes vorliege und welche Umstände dazu geführt hätten. Weiterhin meint er, der BGH ⁵⁾ gehe in der Bestimmung des Umfangs der Aufklärungspflicht

1) Vgl. Steindorff in JZ 1960, 139 ff.; Wiethölter, S. 103 ff.; vgl. auch Mähler, Diss. S. 48 ff., die allerdings neben der Aufklärungspflicht noch eine Auskunftspflicht aus Treu und Glauben begründen will (S. 51); Ziegler, Diss. S. 74 ff., der das Nebeneinander sieht (S. 49), aber letztlich die Aufklärungspflicht i.S. einer Obliegenheit erfaßt und gegen Steindorff geltend macht (S. 76), den Weg vom Vertrag nicht zurück zur Einwilligung gefunden zu haben. Vgl. Geilen, S. 53 ff., der gerade auf die Unterschiede der Begründung dieser Pflichten verweist, aber den Vertrag als ausreichenden Ansatz für die Aufklärung ablehnt.

2) Unter Hinweis auf BGHZ 29, 46 ff.; 179 ff.

3) Vgl. Steindorff in JZ 1960, 139.

4) Vgl. Wiethölter, S. 101 ff.

5) Vgl. BGH in NJW 1956, 1106; BGHZ 29, 179.

von einer nicht begründbaren Prämisse aus, daß der Eingriff unter delitsrechtlichen Gesichtspunkten gesehen werden müsse. Dies müsse aber grundlegend in Zweifel gezogen werden, weil nach einer unausgesprochenen Regel im Zivilrecht die Deliktshaftung durch Vertrag begrenzbar sei ¹⁾. Wenn man durch den Vertrag von dem Deliktsrecht loskomme, so müsse auch die Einwilligung in diesem Zusammenhang mit dem Vertrag gesehen werden. Im Rahmen des Deliktsrechts dominiere die Einwilligung als Rechtfertigung des Eingriffs. Soweit das Deliktsrecht ausgeschlossen sei, bewirke der Vertrag, daß die Interessen der Parteien mehr in den Vordergrund treten könnten. Folglich ließe sich auch ein ärztliches Berufsethos berücksichtigen, womit für die Wirksamkeit der Einwilligung die Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht modifiziert werden könnten. Auf diese Weise käme man von den bisherigen nicht unbedenklichen Anforderungen los.

Wiethölter ²⁾ weist zunächst darauf hin, daß bei der Betrachtung des Arzt-Patienten-Verhältnisses die vertragliche Beziehung vernachlässigt sei. Dies beruhe darauf, daß das zivilrechtliche Deliktsrecht nicht genügend vom strafrechtlichen Deliktsrecht gelöst worden sei. Die Folge davon sei, daß auch das ärztliche Handeln, soweit es einen Eingriff betreffe, isoliert nur auf seine Unrechtsqualität geprüft werde, was weiterhin dazu führe, daß das Einwilligungsproblem nur im Zusammenhang mit der Rechtfertigung einer tatbestandsmäßigen Körperverletzung gesehen werde. Da aber der Arzt keine Körperverletzung, sondern eine Heilung wolle, treffe das Einwilligungsproblem keinen Körperverletzungssachverhalt, vielmehr den Respekt vor den Patientenwillen. Die Einwilligung bewirke demnach nur dann eine Rechtfertigung, wenn Wille und Vorstellung des Patienten über Ablauf und

1) Steindorff, aaO., S. 141, der auf Enneccerus-Nipperdey § 212 II, S. 1315 verweist.

2) Wiethölter, S. 101 ff.

Erfolg des Eingriffs und der tatsächliche Ablauf und Erfolg übereinstimmen, wobei aber zu berücksichtigen sei, daß dies nicht als isolierte Einzelakte, sondern als Ganzes, als einheitliche Heilbehandlung betrachtet werden müsse. Diese Willensübereinstimmung sei auch der Inhalt des Vertrages, der damit zentrale Bedeutung gewinne und die Idee der Einwilligung überlagere. Der Arztvertrag "transformiere" ¹⁾ insofern das Selbstbestimmungsrecht. Die Privatautonomie setze somit den Rahmen und die Grenzen der Selbstbestimmung. Wiethölter will insoweit von der Einwilligung loskommen, um eine Basis für eine auch die Interessen des Arztes berücksichtigende Bestimmung des Umfangs der Aufklärungspflicht zu finden. Er sieht das Arzt-Patienten-Verhältnis als eine vertragliche Beziehung und verweist darauf, daß im Zivilrecht die Privatautonomie die anerkannte und umfassende Grundlage für das rechtliche Geschehen zwischen Menschen sei, und daß deshalb nicht die Einwilligung die Begrenzung der Autonomie sondern diese Autonomie selbst der entscheidende Gesichtspunkt bedeute.

Besteht zwischen Arzt und Patient ein Behandlungsvertrag, so ist der Inhalt dieses Vertrages maßgebend für das Arzt-Patienten-Verhältnis. Es ist Wiethölter insofern zuzustimmen, daß es den Beteiligten im Rahmen der Privatautonomie unbenommen bleibt, wie sie den gegenseitigen Rechten- und Pflichtenbereich bestimmen wollen. Jedoch kann das nicht schon bedeuten, daß damit ganz allgemein die Frage nach der Einwilligung in einen vorzunehmenden Eingriff ausgeklammert ist. Auch im Rahmen eines Vertrages sind zunächst einmal die vertragliche Verpflichtung des Arztes zum Handeln und die Einwilligung des Patienten zu trennen. Meistens fallen zwar die Schließung des Vertrages und die Einwilligung zusammen. Das besagt aber nicht, daß der Vertragsinhalt die

1) Wiethölter, S. 104

Einwilligung so ohne weiteres ersetzt. In der Beziehung zwischen Arzt und Patient beschränkt sich die vertragliche Vereinbarung regelmäßig auf das Notwendigste, so daß die Bestimmung des Vertragsinhaltes noch der Auslegung oder der Ausfüllung bedarf. Wenn im Rahmen der Behandlung ein Eingriff erforderlich wird, so wird man bei der Bestimmung des Vertragsinhalts berücksichtigen müssen, daß der Patient in der Regel noch seine Zustimmung geben will, bevor er sich weiter behandeln läßt, und nicht schon das Selbstbestimmungsrecht aufgegeben hat ¹⁾. Es ist m.E. mißverständlich oder zumindest ungenau, wenn Wiethölter ²⁾ generell feststellt, daß der Vertrag zwischen Arzt und Patient i.S. einer Individualisierung der Rechtsbeziehung das Grundrecht der Selbstbestimmung individualisiere. Wenn auf die Privatautonomie als entscheidender Gestaltungsfaktor für das Arzt-Patienten-Verhältnis hingewiesen wird, so ist zu erläutern, inwiefern dies für die Einwilligung im Rahmen der vertraglichen Sonderbindung von Bedeutung sein kann ³⁾.

So ohne weiteres kann also nicht davon ausgegangen werden, daß im Sinne Wiethölters durch den Arztvertrag die Einwilligung in den Eingriff "transformiert" wird. Daher ist zu unterscheiden zwischen dem Fall, der dem Regelfall entsprechen dürfte, daß der Patient mit dem Arzt keinerlei besondere Vereinbarungen bezüglich der einwilligungsrelevanten Aufklärung getroffen hat, und einer denkbaren Übereinkunft zwischen Patient und Arzt, mit sämtlichen zu ergreifenden Maßnahmen oder mit einem bestimmten Eingriff einverstanden zu sein. Im ersten Fall ist ein Eingriff nur zulässig, wenn der Arzt den Patienten über diesen aufgeklärt hat und im zweiten ist der Arzt von einer Aufklärungspflicht ganz allgemein oder bezüglich eines bestimmten Eingriffs entbunden.

1) Vgl. Zitelmann in AcP 99, 49/50

2) Wiethölter, S. 104

3) Vgl. auch Eberhardt, Diss. S. 19, der zutreffend Steindorff und Wiethölter entgegen hält, das Problem der ärztlichen Aufklärungspflicht sei vom Vertrag her allein nicht in den Griff zu bekommen, wenn zuvor nicht überlegt wird, welche Modifizierungen der Vertrag bringt.

Nur insoweit ließe sich von einer Individualisierung des Grundrechts der Selbstbestimmung reden. Wenn der Patient nicht oder nur im Einzelfall nicht aufgeklärt werden will, und der Arzt damit einverstanden ist, so kommt damit zum Ausdruck, daß er sein Selbstbestimmungsrecht nicht oder nur hinsichtlich eines bestimmten Eingriffs nicht ausüben will ¹⁾. Für den Arzt heißt das, daß er sämtliche Maßnahmen oder einen einzelnen Eingriff ohne Aufklärung und ohne Einwilligung des Patienten vornehmen darf. Um im Rahmen eines Vertrages von der Einwilligung "loszukommen", muß von Seiten des Patienten ein deutlich erkennbarer Wille, mit den Maßnahmen des Arztes einverstanden zu sein, hinzukommen, womit der Patient von seiner Autonomie Gebrauch gemacht hat. Das Einwilligungsproblem wird daher nicht so ohne weiteres durch den Arztvertrag transformiert, sondern die Einwilligung in eingreifende Maßnahmen wird nur bei Übereinstimmung mit dem Arzt durch den Patienten durch ein generelles oder auf eine einzelne Maßnahme bezogenes Einverständnis ersetzt. Der Patient kann aber auch jederzeit von dem Arzt wieder verlangen, aufgeklärt zu werden, da er gegenüber dem Arzt vertraglich nicht gebunden ist. Weiterhin ist darauf hinzuweisen, was vor allem Steindorff entgegengehalten werden muß, daß sich durch einen Arztvertrag auch die Deliktshaftung nicht so ohne weiteres ausschließen läßt, es sei denn, der Ausschluß ist konkludent oder ausdrücklich vereinbart, wobei sich die Vereinbarung aber nicht auf den Vorsatz beziehen kann (§ 276 II BGB) ²⁾. Die Haftung ist nur dann auch ausgeschlossen, wenn der Patient generell oder

-
- 1) Hier stellt sich noch die Frage, inwieweit ein Aufklärungsverzicht zulässig ist, da dies u.U. ein nicht zulässiger Verzicht auf ein Persönlichkeitsrecht bedeuten könnte. Vgl. unten S. 83/84.
 - 2) Fehlt eine solche Vereinbarung, so würde eine Anspruchskonkurrenz zwischen Ansprüchen aus Delikt und Vertrag vorliegen; vgl. Enn.-Lehmann § 232, S. 935; Larenz II, S. 446.

für den Einzelfall mit eingreifenden Maßnahmen des Arztes einverstanden ist, denn der vorsätzlich ausgeführte Eingriff ist somit im deliktsrechtlichen Sinne rechtlich zulässig.

Steindorff und Wiethölter haben zwar grundsätzlich Recht, daß das Arzt-Patienten-Verhältnis ausschließlich durch den Inhalt des Vertrages bestimmt ist, soweit ein solcher besteht. Auch ist Steindorff dahin zuzustimmen, als er den Umfang der Aufklärungspflicht unter Einbeziehung eines ärztlichen Berufsethos bestimmen möchte. Die Bedenken richten sich aber dagegen, daß das Arzt-Patientenverhältnis ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Vertrages gesehen und nicht berücksichtigt wird, daß den Arzt immer dann eine Verpflichtung zur Aufklärung trifft, wenn er ganz allgemein sich veranlaßt sieht, seiner "ethischen Heilverpflichtung" nachzukommen und wenn in diesem Zusammenhang ein Heileingriff erforderlich wird. Aus diesem Gedankengang heraus ist die Aufklärungspflicht als Obliegenheit gekennzeichnet worden, bei deren Verletzung sich mittelbar ein Schadensersatzanspruch nach deliktsrechtlichen Vorschriften richtet. Im Ergebnis wird damit deutlich, daß sich die deliktsrechtliche Seite des Problems Aufklärung - Einwilligung so ohne weiteres nicht aufheben läßt, was von beiden Autoren angestrebt wird. Dies ist nur dann möglich, wenn die Aufklärungspflicht durch den Inhalt des Vertrages derart modifiziert ist, daß für die Anwendung deliktsrechtlicher Vorschriften kein Raum ist, was aber weder von Steindorff noch von Wiethölter im einzelnen dargelegt wird.

Zusammenfassend ergibt sich also, daß die Thesen von Steindorff und Wiethölter in ihrer allgemeinen Aussage nur dann zutreffen, wenn auch dargelegt wird, unter welchen Voraussetzungen die Privatautonomie den Rahmen für die Entfaltung des Selbstbestimmungsrechts setzt. Der Arztvertrag ersetzt nicht schon als solcher das Problem Aufklärung - Einwilligung, sondern erst dann, wenn eine bestimmte Übereinkunft zwischen Arzt und Patient vorliegt. Gedanklich ist jedoch in jedem Falle der Vertragsschluß und die eingriffsbezogene Einwilligung zu trennen. Dies gilt auch wenn Vereinbarungen

zwischen Arzt und Patient bestehen, die die Einwilligung in den Eingriff miterfassen. Dabei kommt es nicht darauf an, wie dogmatisch die Rechtsfolge eines Eingriffs eingeordnet wird.

Eine Trennung zwischen Vertragsschluß und eingriffsbezogener Einwilligung ist auch schon im Hinblick auf eine Einordnung der Aufklärungspflicht als einer einwilligungsrelevanten Pflicht und allgemeinen Auskunft- und Unterrichtungspflicht notwendig, was bei Wiethölter gleichfalls nicht deutlich wird.

III. Ergebnis

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchungen läßt sich feststellen, daß sich die ärztliche einwilligungsrelevante Aufklärungspflicht unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten betrachten läßt: Einmal als Aufklärungsobliegenheit und zum anderen als eine aus dem Arztvertrag folgende vertragliche Nebenpflicht. Die Aufklärungspflicht hat demnach zwei unterschiedliche Rechtsgrundlagen.

Soweit die Aufklärungspflicht als eine Obliegenheit gekennzeichnet wurde, liegt der Ansatz darin, daß den Arzt unabhängig von der jeweiligen rechtlichen Beziehung zu dem Patienten dann eine Aufklärungspflicht trifft, wenn er sich veranlaßt sieht, als Arzt zu handeln und wenn sich die Notwendigkeit eines Eingriffs ergibt. Aufklärung und Einwilligung sind auf die jeweilige Zweckrichtung des Eingriffs bezogen. Die Aufklärung ist eine zweckgerichtete Vorbedingung für die Willensbildung und damit für die Erklärung des Patienten, der Einwilligung. Der Patient besitzt als Ausfluß des Rechts auf körperliche Unversehrtheit allein die Entscheidungsfreiheit darüber, ob er einen Eingriff in seinen Körper zulassen will oder nicht. Eine auf einen Eingriff bezogene Entscheidung kann der Patient in der Regel nur treffen, wenn ihn der Arzt über die vorgesehene Behandlung, den Eingriff sowie über die damit verbundenen Möglichkeiten einer Heilung oder Besserung unterrichtet.

Der Arzt hat dem Kranken das Für und Wider eines Eingriffs zu erläutern, damit der Kranke sich eine Vorstellung darüber machen kann, über was er entscheidet und auch wie er sich entscheidet. Der Arzt erfüllt die Aufklärung jedoch nicht allein damit, dem Patienten die Argumente für seine Entscheidung zu liefern. Aus einer "ethischen Heilverpflichtung" heraus trifft den Arzt noch eine besondere Fürsorge mit dem Inhalt, den Patienten möglichst von der indizierten Behandlung zu überzeugen, ihn also insofern zu beeinflussen, in die Behandlung, in den Eingriff einzuwilligen. Die Entscheidungsfreiheit, das Selbstbestimmungsrecht des Kranken wird dadurch nicht angetastet. Der Patient kann jedoch dieses

Recht ohne eine Mitwirkung des Arztes nicht vernünftig und sinnvoll ausüben. Dies ist nicht deshalb so, weil der Patient in der Regel dem Arzt als Laie gegenübertritt, sondern weil der Kranke nicht allein darüber befinden kann, was für die Heilung oder Besserung seiner Krankheit notwendig zu geschehen hat. Der Kranke sieht in erster Linie seinen Krankheitszustand, von dem er befreit sein möchte, und nicht die Frage, auf welche Weise dieser Krankheit am zweckmäßigsten und möglichst erfolgreich begegnet werden kann. In dieser Hinsicht verlangt der Patient von dem Arzt eine Hilfe, eine Fürsorge, um seine Entscheidung unter dessen Anleitung treffen zu können. Der Arzt nimmt dem Patienten die Entscheidung nicht ab, vielmehr bewirkt das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient, daß sich Aufklärung und Einwilligung nicht als zwei unabhängige Einzelkomplexe gegenüberstehen, sondern untereinander aus der Zweckrichtung heraus Verbindung haben. Die Zweckbestimmung des Eingriffs, dessen Notwendigkeit, ist Inhalt der Aufklärung, worauf sich folglich auch die Entscheidung des Kranken bezieht. Für seine Auffassung über die Indikation des Eingriffs trägt der Arzt die Verantwortung gegenüber dem Patienten. Insofern ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten "überlagert", weil dieser darin einwilligt, was der Arzt für angezeigt hält.

Besteht zwischen Arzt und Patient ein Vertragsverhältnis, so folgt daraus die Aufklärungspflicht als vertragliche Nebenpflicht, die infolge ihrer Ausgestaltung die Obliegenheit verdrängt. Die Verletzung der Obliegenheit führt zur Unwirksamkeit der Einwilligung, worin für den Obliegenheitsverpflichteten, den Arzt, ein rechtlicher Nachteil liegt. Bei der Verletzung einer Vertragspflicht kann u.U. daraus unmittelbar ein Schadensersatzanspruch folgen ¹⁾, was bei einer Obliegenheitsverletzung erst mittelbar eintritt. Auf die Wahrung der Obliegenheitsverpflichtung besteht auch kein rechtlicher Anspruch, der in der Regel bei vertraglichen

1) Vgl. unten S. 108 ff

Nebenpflichten gegeben ist, soweit diese als Nebenleistungspflichten im Gegensatz zu bloßen Nebenpflichten oder sog. Sicherungspflichten gekennzeichnet werden können ¹⁾.

Im einzelnen gründet sich die vertragliche eingriffsbezogene Aufklärungspflicht nicht allein auf eine spezifische Aufklärung über den jeweiligen Eingriff, sondern auf noch andere Nebenpflichtenbereiche wie der Fürsorge-, Obhuts- oder Sorgfaltspflicht. Diese Nebenpflichten modifizieren die Aufklärung in Bezug auf die Zweckrichtung und Notwendigkeit des Eingriffs. Der Arzt ist nicht allein ein Operateur, sondern auch ein Betreuender, ein Sorgender, der um die Not des Kranken weiß und mit Takt und Einfühlungsvermögen helfen soll. Eine Heilung läßt sich im Einzelfall nur erreichen, wenn der Arzt nicht nur bei dem Eingriff besondere Sorgfalt walten läßt, sondern insbesondere dafür sorgt, daß der Kranke seine Einwilligung in den Eingriff im Sinne einer von der Notwendigkeit und Zweckrichtung des Eingriffs überzeugten Entscheidung gibt. Der Kranke muß zwar den Eingriff selber wollen, was sich aber ohne entsprechende unterweisende Aufklärung nicht erreichen läßt.

1) Vgl. unten S. 89/94

B. Der Umfang der Aufklärungsobliegenheit und der vertraglichen Aufklärungspflicht

1)

Wie bereits dargestellt wurde, besteht der Unterschied zwischen der Aufklärungsobliegenheit und der vertraglichen einwilligungsbezogenen Aufklärungspflicht darin, daß die vertragliche Pflicht der Disposition zwischen Arzt und Patient unterliegt, während die Obliegenheit eine bestimmte Funktion besitzt, die dadurch zum Ausdruck kommt, daß der Arzt die Obliegenheit erfüllt, um den rechtlichen Nachteil des Fehlens einer Einwilligung oder der Unwirksamkeit der Einwilligung zu vermeiden. Soweit das Arzt-Patienten-Verhältnis durch die Begründung einer rechtlichen Sonderverbindung, dem Arzt - oder Behandlungsvertrag, ausgefüllt wird, tritt die Obliegenheit in ihrer bestimmten Funktion zurück; sie wird durch den Vertrag ersetzt, ohne allerdings aufgehoben zu werden.

Aufklärungsobliegenheit und vertragliche Aufklärungspflicht sind hinsichtlich des Umfangs deshalb generell identisch, es sei denn, daß innerhalb des Vertrages besondere Vereinbarungen über den Umfang der Aufklärungspflicht getroffen wurden. Durch entsprechende im Rahmen der Privatautonomie getroffene Vereinbarungen kann der Umfang der Aufklärungspflicht sowohl eingeschränkt wie auch ausgedehnt werden, womit auch zugleich der Umfang der ausschließlich im deliktsrechtlichen Bereich bestehenden Aufklärungsobliegenheit bestimmt wird.

Um ganz allgemein den Umfang der Obliegenheit und der Pflicht für den Normalfall bestimmen zu können, muß man sich zunächst die unterschiedlichen sich gegenüberstehenden Interessenlagen zwischen Arzt und Patient deutlich machen.

1) Vgl. oben S. 41.

I Die Problematik der Umfangsbestimmung

Das Problem der Aufklärung wird im ganzen erst verständlich, wenn man sich klar macht, daß zwei Rechts- und Interessensphären gegeneinander abzugrenzen sind. Auf der einen Seite steht der Arzt, dessen vornehmste Pflicht darin besteht, den Menschen nach Möglichkeit vor Krankheit zu bewahren und von Leiden zu heilen. Auf der anderen Seite steht der Kranke, dessen Körper betroffen wird, wenn der Arzt zum Zwecke der Behandlung einen Eingriff vornehmen muß. Einerseits soll der Arzt helfen und im Einzelfall heilen und andererseits soll niemand gegen seinen Willen in seiner körperlichen Integrität beeinträchtigt werden.

Der Arzt soll und muß den Willen des Patienten achten. Damit ist dem Heilauftrag des Arztes jedoch nicht gedient, sondern es ist ein Hindernis errichtet worden, weil der Arzt zunächst den Patienten zu einer Einwilligung in die Behandlung bewegen muß. Das bedeutet, daß der Arzt den Patienten über die Krankheit als solche, ihre Bedeutung und über die Möglichkeiten einer Heilung bzw. Besserung in Kenntnis setzen muß, damit sich dieser ein Urteil bilden kann. Das Problem ist für den Arzt damit keineswegs erledigt, sondern beginnt erst, da der Arzt in erster Linie heilen soll. Die Heilung besteht jedoch nicht allein in einer medizinisch-technischen Behandlung, sondern bereits zu Beginn der Behandlung in einem entsprechenden Eingehen auf die Empfindungen des Kranken und dessen Belastbarkeit durch entsprechende ungünstige Aussichten für den Heilerfolg. In einem solchen Fall entsteht ein Spannungsfeld zwischen den Interessen des Arztes und denen des Patienten. Das Selbstbestimmungsrecht verlangt eindeutige umfassende Auskunft, die Heilungsaufgabe fordert zurückhaltende taktvolle Unterrichtung durch den Arzt und u.U. auch ein Schweigen des Arztes, der den Heilerfolg nicht schon durch den Verlust des Glaubens an eine Heilung oder durch eine Verängstigung des Patienten ge-

fährdet sehen möchte.

1. Die Abgrenzungskriterien in Rechtsprechung und Literatur

Bei der Bestimmung des Umfangs der Aufklärungspflicht muß man sich auch vergegenwärtigen, daß sich dieses Problem in seinem heute bekannten Umfang erst stellte, als die Zivilgerichte sich veranlaßt sahen, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten gegenüber einem "Totalitätsanspruch" zu sichern ¹⁾. Das RG ²⁾ hatte zeitweise das Problem der Aufklärung mit einer Verharmlosung der ärztlichen Konfliktsituation belastet, wenn sich der Arzt vor die Frage gestellt sah, was er einem Schwerkranken an Aufklärung noch im Hinblick auf eine Heilung zumuten konnte. In der älteren Rechtsprechung ³⁾ hatte man diese Problematik gesehen und regelmäßig zutreffend entschieden. Geradezu auffallend ist es, wie sehr sich mehr und mehr die Vorstellung durchsetzte ⁴⁾, letztlich müsse in erster Linie das Selbstbestimmungsrecht des Patienten berücksichtigt und dem ärztlichen Denken könne nur in beschränktem Maß Geltung verschafft werden.

Dieser Fragenkreis ist seit dem sog. "1. Elektroschockurteil" des BGH ⁵⁾ immer wieder erörtert worden. Dabei sind jedoch zwei Bereiche, soweit sie den Umfang der einwilligungsbezogenen Aufklärung betreffen, zu trennen: Einmal der Umfang der Aufklärung ganz allgemein und zum anderen die Frage,

1) Vgl. E. Schmidt, Gutachten S. 93.

2) Vgl. RGZ 163, 129 (aus 1940) und RGZ 151, 349 (aus 1937) "Selbstverständlich wird der Arzt versuchen, den Kranken vor schädlicher Ängstlichkeit zu bewahren; ja er wird ihn sogar nach den Umständen zu einer zuversichtlichen Beurteilung seines Zustandes veranlassen..."

3) Vgl. RGSt (1894) 25, 375.

4) Gegen Ende des 2. Weltkrieges; vgl. E. Schmidt, Gutachten S. 68 ff.

5) BGH vom 10.7.1954 in NJW 1956, 1106 = VersR 1954 496.

inwieweit die Aufklärung aufgehoben oder eingeschränkt werden kann. Unabhängig von einer solchen Trennung glaubt E. Schmidt ¹⁾ in der Rechtsprechung eine gewisse Tendenz erkennen zu können. An den Arzt werde ganz allgemein die Forderung gestellt, durch die Aufklärung das Selbstbestimmungsrecht des Patienten aufzurufen. Der Patient solle sein Selbstbestimmungsrecht ausüben, um gegebenenfalls einer Eigenmächtigkeit des Arztes entgegenwirken zu können, womit der Rahmen für die Anforderung an den Inhalt der Aufklärung allgemein wie auch im Hinblick auf eine Beschränkung der Aufklärung abgegrenzt sei.

Bei der allgemeinen Bestimmung des Umfangs der Aufklärung ist in der Rechtsprechung ²⁾ darauf abgestellt worden, daß der Patient auf die typischen Folgen und Gefahren eines Eingriffs hinzuweisen sei. Dabei gehen allerdings die Bestimmungen des Begriffs typisch weit auseinander. Unter typischen Folgen und Gefahren werden in erster Linie solche gesehen, die mit dem Eingriff verbunden zu sein pflegen und mit deren Eintreten nach dem Stand ärztlicher Erfahrungen und Wissenschaft gerechnet werden muß ³⁾. Das Kriterium ist in diesem Sinne die Komplikationsdichte, die Wahrscheinlichkeit schädlicher Folgen. Im sogenannten "2. Elektroschockurteil" hat der BGH jedoch die Auffassung vertreten, daß es keiner Aufklärung bei typischen Schäden bedürfe, wenn sie nur in äußerst seltenen Fällen auftreten würden und anzunehmen sei, daß sie bei einem verständigen Patienten ... nicht ernsthaft ins Gewicht fallen. Damit erweckte der BGH den Eindruck, als ob auch entfernt seltene Gefahren zu den

1) E. Schmidt in Gutachten S. 132 f.

2) Vgl. BGHZ 29, 60 (vom 9.12.1958, "2. Elektroschockurteil"); BGH (1959) in VersR 1959, 766 und BGH (1959) in VersR 1960, 478; vgl. auch BGH (1954) in NJW 1956, 1106 ("1. Elektroschockurteil") und BGHZ 29, 182 (vom 16.1.1959, "Strahlenurteil"); vgl. auch OLG Stuttgart in NJW 1958, 262.

3) Vgl. BGH ("1. Elektroschockurteil") in NJW 1956, 1106.

typischen Gefahren gehören würden, was eine Unterscheidung zwischen typischen und atypischen Gefahren hinfällig machen würde ¹⁾. Im "Strahlenurteil" hat sich der BGH dann zurückhaltender ausgedrückt und entschieden, daß vor einer Strahlenbehandlung bei Gebärmutterhalskrebs im Hinblick auf eine Schadenhäufigkeit von 5 bis 6 % auf die Möglichkeit von Schäden hingewiesen werden müsse. Schon im "1. Elektroschockurteil" hatte der BGH die medizinische Statistik mit in die Entscheidungsgründe einbezogen, und eine Häufigkeit von Knochenbrüchen beim Elektrokraftverfahren von 7 % erschien als typisches Risiko. Beim "2. Elektroschockurteil" lag die angenommene Schadenhäufigkeit nur noch bei 1 %. Die unterschiedliche Schadenhäufigkeit in zwei ähnlich gelagerten Fällen veranlaßte den BGH in zwei späteren Urteilen ²⁾, es auf das jeweilige Krankheitsbild und auf die daraus resultierende Operationsgefahr abzustellen. Neuerdings hat der BGH ³⁾ auch hypotetische, zur Zeit des Eingriffs noch nicht verifizierte Möglichkeiten von Schädigungen mit in die Erwägung über den Umfang der Aufklärung einbezogen. Allerdings wird das Begriffspaar typisch - atypisch in den auf das "2. Elektroschockurteil" folgenden Entscheidungen nicht mehr verwandt, ⁴⁾ was darauf hindeutet, daß der BGH erkannt hat, mit dem Begriff typisch nicht allzu viel aussagen zu können.

Neben der allgemeinen Bestimmung des Umfangs der Aufklärung nach der jeweiligen im Einzelfall auch unterschiedlichen

1) Vgl. Wiethölter, S. 87 f.

2) BGH in NJW 1962, 2302; BGH in NJW 1962, 2303; vgl. auch das Berufungsurteil des OLG München in VersR 1960, 953.

3) BGH in ärztl. Mitteilungen 1963, 2517.

4) Vgl. BGH in VersR 1963, 232 (Ertaubung nach Nierenbehandlung mit einem bestimmten Antibiotikum; vgl. auch die BGH-Urteile unter Anmerkung 2).

Komplikationsdichte, ergibt sich noch die Frage, in welchem Bereich die Pflicht zur Aufklärung eingeschränkt oder aufgehoben ist. Dies hat der BGH im "1. Elektroschockurteil" bereits erörtert und dabei unter Bezug auf das RG ¹⁾ festgestellt, der Arzt habe sich stets der klaren auf zutreffenden Vorstellungen des Kranken über Art und Folgen des Eingriffs beruhenden Einwilligung zu versichern. Inwieweit Ausnahmen berücksichtigt werden können, bleibt allerdings offen. Auch im sog. "1. Myomurteil" (1957) des BGH ²⁾ hat der Senat zu dieser Frage ausdrücklich keine Stellung genommen. Er ließ es unentschieden, ob es Fälle geben könnte, in denen der Arzt der Pflicht zur Heilung des Kranken gegenüber denjenigen zur Aufklärung den Vorrang einräumen darf, vielleicht sogar muß, weil er ihm durch die Aufklärung einen nicht wieder gut zu machenden Schaden zufügen würde. Erst im "2. Elektroschockurteil" wurde festgestellt, daß die Aufklärung entfallen könne, wenn die Gefahren eines Knochenbruchs bei der Elektroschockbehandlung äußerst gering (hier 1%) seien. Der Senat bestätigte jedoch seine frühere Auffassung vom "1. Elektroschockurteil", daß es in Kauf genommen werden müsse, wenn die Aufklärung die Stimmung und das Allgemeinbefinden des Patienten herab drücke. In diesem Sinne entschied der Senat auch im "Strahlenurteil" ³⁾, in dem jedoch anerkannt wird, daß eine Unterrichtung nur dann entfallen könne, wenn die Eröffnung der Natur des Leidens zu einer ernsten und nicht behebbaren Gesundheitsschädigung führen würde. Wenn nicht die Persönlichkeit oder die psychische Situation gerade des betreffenden Patienten einen Anhaltspunkt gebe, so solle der Arzt davon ausgehen, daß eine solche Besorgnis nicht bestehe ⁴⁾. Damit kommt zum

1) RGZ 163, 129.

2) BGHSt 11, 111 (Entfernung der Gebärmutter nach dem zunächst nur eine Geschwulst festgestellt worden war, die jedoch die gesamte Gebärmutter überwuchert hatte); das sog. "2. Myom-Urteil" vgl. Hinweis bei Schwalm, Schriftenreihe S. 31, Anm. 18 betr. ähnlichen Fall, ist aber nicht veröffentlicht.

3) BGHZ 29, 182/185.

4) Vgl. auch BGHZ 29, 56.

Ausdruck, daß der BGH die Gefahren für Leib und Leben gegenüber dem Recht auf freie Willensentscheidung nur in besonderen Ausnahmefällen gegeneinander abwägen will. Dem entsprechend hatte bereits das OLG Frankfurt (1951) ¹⁾ entschieden, daß es nur in schweren Fällen dem Arzt überlassen bleiben könne, darüber zu entscheiden, welches Maß an Aufklärung für den Patienten ertragbar sei.

Mit der Unterrichtung über die Tragweite und die Gefahren eines Eingriffs steht u.U. auch die Mitteilung über den Befund, die Diagnoseaufklärung, im Zusammenhang. Dieser Zusammenhang ist vor allem dann gegeben, wenn der Patient ohne die Diagnoseaufklärung die Indikation des Eingriffs nicht verstehen würde. Deshalb fragt es sich, ob der Patient von dem Arzt insoweit aufgeklärt werden muß. Der BGH ²⁾ hat dies bejaht, wenn nur noch die Aufklärung über den Befund den Kranken von der Notwendigkeit des Eingriffs überzeugen und zu einer klaren Vorstellung führen und folglich die Einwilligung anders nicht wirksam sein würde. In diesem Sinne sind auch die Entscheidungen ³⁾ zu verstehen, in denen neben der Aufklärung über Art und Tragweite des Eingriffs noch eine Aufklärung über den Befund verlangt wird. Im "Strahlenurteil" ⁴⁾ war die Aufklärung über den Befund insofern problematisch, als die Patientin lebensgefährlich an Gebärmutterkrebs erkrankt war und der Arzt sie an sich auf diesen Umstand hätte hinweisen müssen, um sie zur Inkaufnahme evtl. erheblicher schädlicher Nachwirkungen der Strahlenbehandlung (hier Harnleiterstenose) zu veranlassen.

1) OLG Frankfurt in VersR 1954, 180.

2) BGH bei Ohm in VersR 1959, 4.

3) Vgl. u.a. BGHZ 29, 56; OLG Stuttgart in NJW 1958, 262.

4) BGHZ 29, 176; der Träger des Krankenhauses wurde zum Schadensersatz (kein Schmerzensgeld) wegen Verletzung der Aufklärungspflicht verurteilt.

Die Urteile des BGH haben im juristischen und auch medizinischen Schrifttum teilweise heftige Kritik ausgelöst ¹⁾. Es wird zwar darauf hingewiesen, der erkennende (VI. Zivil-) Senat hätte die jeweilige Konfliktlage des Arztes zutreffend erkannt, aber die festgestellten Maßstäbe für den Umfang der Aufklärungspflicht seien zu unbestimmt und von Fall zu Fall auch schwankend. Einerseits würden zwar die aufgestellten Grundsätze im Einzelfall einer gerechten Abwägung nicht entgegenstehen, andererseits sei aber einzuwenden ²⁾, daß für den Umfang der Aufklärungspflicht der Umstand nicht gleichgültig sein könnte, daß der Arzt immer auch seinen Berufsgrundsätzen entsprechend handeln müsse. Der Arzt sei ein Helfender für den kranken Menschen, und solcher ethischen Fürsorge müsse vor allem dann ein Vorrang eingeräumt werden, wenn es sich um einen Schwerkranken handele ³⁾. Der Kranke sei vielfach nicht in der Lage, die medizinische Bedeutung seiner Entscheidung vollständig zu übersehen, weshalb die ärztliche Aufklärung immer auch eine Beratung sei ³⁾. Dem BGH sei vor allem vorzuhalten, das Körperliche überbewertet und das Seelische des Kranken unterbewertet zu haben. ⁴⁾ Geilen ⁵⁾ meint, in der Rechtsprechung sei die Begegnung zwischen Arzt und Patient nicht immer im Sinne dessen geschehen, was für den Arzt die Lebens-

-
- 1) Grünwald ZStW 73, 13 ff; Friedrich in VersR 1954, 329/380; Roemer in JZ 1960, 138; ders. in Schriftenreihe, S. 13 ff.; Neidhardt in NJW 1956, 1097 ff; E. Schmidt in JZ 1964, 232; ders. in Arzt im Strafrecht, S. 106 ff; ders. in Gutachten, S. 132 ff; Steindorff in JZ 1960, 139 ff; Perret in Med.Klinik 1960, 1205 ff; Kohlhaas in NJW 1967, 1498; Böth in NJW 1967, 1493 ff; Bockelmann in NJW 1961, 945 ff; Göppinger, S. 66 ff; Ziegler, Diss. S. 50 ff; Eberhardt, Diss. S. 121/195 ff.
 - 2) Vgl. Friedrich in VersR 1954, 329 ff.
 - 3) Vgl. Roemer in Schriftenreihe S. 13.
 - 4) Hinderling, ärztliche Aufklärungspflicht, S. 62.
 - 5) Geilen, S. 185 ff.

wirklichkeit sei. Als Beispiel weist er auf das "Strahlen- und Myom-Urteil" ¹⁾ hin, wo der für den Arzt bedeutsame Wille, den Patienten zu heilen, und der Gedanke der Fürsorge und Gesundheitsförderung am Vorrang des Selbstbestimmungsrechts ausgerichtet werde. In gewisser Weise werde dem Arzt eine eigene Entscheidungsfreiheit zugebilligt, doch nehme die Rechtsprechung für sich in Anspruch, diese Entscheidung des Arztes auf ihre Richtigkeit überprüfen zu müssen.

Eine Lösung dieses Konflikts, so meint Eberhardt ²⁾, müsse sich an dem Gedanken ausrichten, daß der Durchschnittskranke nicht als Stoiker zu sehen sei. Ärztliche Erkenntnis und ärztliches Erfahrungswissen, wie sehr der Leidende durch eine unheilvolle Diagnose psychisch belastet werde, könne nicht unberücksichtigt bleiben, Deshalb müsse man sich auf das Wesen und den Zweck des Selbstbestimmungsrechts besinnen. Das Prinzip der Entscheidungsfreiheit müsse da eingeschränkt werden, wo die Ermöglichung der Freiheit deren Träger gegebenenfalls verletze oder zerstöre, so daß er zur Wahrnehmung der Freiheit untauglich werde. Bei der Frage, ob eine derartige Gefahr bestehe, müsse nicht nur allgemein auf ärztliches Erfahrungswissen zurückgegriffen werden, sondern dem Arzt sei auch im Hinblick auf konkrete Beurteilungsschwierigkeiten ein gewisser Beurteilungsspielraum im Einzelfall einzuräumen. ³⁾

Mit diesen allgemeinen Überlegungen zur Lösung des Problems, in welchem Umfang der Arzt aufzuklären hat und inwieweit die Aufklärung u.U. für den Arzt beschränkbar ist, entspricht die Auffassung Eberhardts im wesentlichen der des Schrifttums, das vor allem deshalb an der Rechtsprechung Kritik übte, weil nicht immer ausreichend zwischen dem Selbstbestimmungsrecht und der Bedeutung der Heilaufgabe des Arztes ab-

1) BGHZ 29, 179 ("Strahlenurteil"); BGHSt 11, 111 ("Myom-Urteil").

2) Eberhardt, Diss. S. 195 ff.

3) Vgl. Wiethölter, S. 106; Grünwald in ZStW 73, 30 f.

gewogen wurde. Der Leitgedanke der Kritik ist der, daß die auf die Schaffung von Selbstbestimmungsautonomie gerichteten Bemühungen da sinnlos seien, wo der Kranke (das Subjekt der Selbstbestimmung) auf Grund der Aufklärung zu einer Entscheidung psychisch nicht mehr in der Lage sei. Folglich sei dem Arzt gegebenenfalls ein Bereich eigener Verantwortung einzuräumen. Der Arzt solle in erster Linie heilen und unter diesem Gesichtspunkt aufklären, was im Ergebnis besage, daß der Patient zu einer sinnvollen Entscheidung im Sinne der Heilung gebracht werden solle. ¹⁾

Bei der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung geht es dem Schrifttum weniger um das Ergebnis einzelner Entscheidungen, sondern um die Begründungen und da insbesondere um die Frage, wie weit die Beeinträchtigung der freien Willensentscheidung durch die Besorgnis um Leben und Gesundheit aufgewogen wird. Wenn der BGH ²⁾ grundsätzlich auch bei Krebs und anderen schweren Erkrankungen volle Aufklärung verlangt, so bedeutet das eine andere Beurteilung der Gefahren für Leib und Leben; er bewertet sie gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht geringer, als es der Arzt unter Berufung auf sein Standesethos tut ³⁾. Der BGH hat der Meinung der Ärzte gewissermaßen die rechtliche Relevanz abgesprochen, wenn er feststellt, daß der Umfang der Aufklärungspflicht eine Rechtsfrage und folglich von dem Richter zu entscheiden sei ⁴⁾. Der Widerspruch ⁵⁾ richtet sich aber weniger gegen diese Feststellung, sondern gegen die darin enthaltene Aussage, daß der Richter seine Entscheidung allein auf seine ethische Auffassung gründen kann und nicht auch andere entgegenstehende Vorstellungen berücksichtigen muß. ⁶⁾ Dies hat

1) Vgl. Eberhardt, Diss. S. 192; Junghanns, S. 66 f; i.d.S. Kleinewefers in die Aufklärungspflicht des Arztes S. 54.

2) BGHZ 29, 46 ff ("2. Elektroschock-Urteil")

3) Vgl. Grünwald in ZStW 73, 31, Friedrich in VersR 1954, 384 m. w.Nachw. d. med. Schrifttums.

4) BGHZ 29, 55 (57).

5) Vgl. Roemer in Schriftenreihe S. 17; Grünwald in Arzt

und Recht S. 151 f.
6) Kaufmann, zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart in JZ 1963, 143 f.

der BGH ¹⁾ in einer Entscheidung über die Frage, inwieweit der Geschlechtsverkehr unter Verlobten Unzucht i.S. der Kuppeleiatatbestände sei, mit der Begründung abgelehnt, daß das Recht auf eine ethische Wertung auch dann nicht verzichten dürfe, wenn ein bestimmtes Verhalten üblich sei. Die Gebote des Sittengesetzes folgten aus einer vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte und würden vom Wandel und der Verschiedenheit der Anschauungen nicht berührt.

2. Die Bedenken gegen die rechtliche Begründung der Aufklärungspflicht des BGH

Sieht man hier einmal von der Frage ab, inwieweit es richtig ist, den richterlichen Standpunkt über die Grenzfälle der Aufklärungspflicht über standesethische Auffassungen zu stellen, so sind vor allem Einwände gegen die Begründung der Aufklärungspflicht des BGH ²⁾ (" 2. Elektroschockurteil") zu erheben. Dabei geht es nicht um den Umfang der Aufklärungspflicht. Vom Ergebnis her wird man jedoch der Entscheidung des Senats, die als die gegenwärtige letzte eine eingehende Auseinandersetzung mit dem Problem der einwilligungsrelevanten Aufklärung und ihren Umfang enthält, zustimmen können.

Dem BGH ist darin zu folgen, daß eine Aufklärung, gleichgültig ob man diese als Obliegenheit oder als vertragliche Nebenpflicht ansieht, dann nicht erforderlich ist, wenn schädliche Folgen bei einer Operation nur in äußerst seltenen Fällen auftreten. Der BGH schränkt diese Feststellung nur insofern ein, als eine Aufklärung über äußerst selten auftretende schädliche Folgen des Eingriffs nur dann entfallen kann, wenn diese Schäden bei einem verständigen Patienten für seinen Entschluß, in die Behandlung einzuwilligen, nicht ernsthaft ins Gewicht fallen.

1) BGHSt 6, 46/47 (GSSt)

2) BGHZ 29, 46 ff.; vgl. auch die Zusammenstellung des Zivil- und Strafrechts des BGH zu dem Problem bei Eberhardt, Diss. S. 234 ff und die wesentlichen Zivilurteile bei Petersen in DtRiZ 1962, 194 ff.

Hier ist jedoch die Kritik anzusetzen, weil der BGH den Umfang der Aufklärung an der Verständigkeit des Patienten ausrichtet und insofern den Pflichtenbereich des Arztes bestimmt. Der Senat stellt in den Fällen, in denen er die Aufklärung für entbehrlich hält, darauf ab, inwieweit eine Kenntnis der möglichen Schädigung den Entschluß des Kranken bestimmen kann. Der BGH will sagen, der Arzt hätte an sich aufklären müssen, weil aber die schädigenden Folgen des Eingriffs selten seien, könne davon ausgegangen werden, daß dies einen "verständigen", vernünftigen Patienten nicht beeinflussen hätte, so daß "ausnahmsweise" die Aufklärung entfallen könne.

Der BGH setzt an bei der Einwilligung und stellt die Frage, worin ihre Bedeutung liege und wann sie wirksam sei. Eine Einwilligung müsse vorliegen, weil sich sonst ein Eingriff in den Körper des Patienten mit dem Recht nicht vereinbaren ließe. Dies folge aus Art. 1 II GG ¹⁾.

Da der ärztliche Eingriff nur in diesem Zusammenhang gesehen wird, entscheidet sich die Wirksamkeit der Einwilligung allein danach, ob der Kranke über das Wesen, die Bedeutung und die möglichen schädlichen Folgen der vorgesehenen Behandlung aufgeklärt ist ²⁾. Das heißt, daß die Aufklärung des Arztes bezogen wird (als rechtlicher Bezugspunkt) auf die Einwilligung und der Umfang dieser Aufklärung sich insoweit bestimmt, als der Patient je nach seiner Verständigkeit Einsicht in seine Lage gewonnen hat.

Der BGH geht also davon aus, daß die Einwilligung als Ausfluß des Selbstbestimmungsrechts zu sehen und folglich Ansatz für die Aufklärungspflicht ist, weil der Patient zur

1) BGHZ 29, 49.

2) BGHZ 29, 50.

Ausübung dieses Rechts über die Behandlung unterrichtet werden muß. Soweit die Aufklärung damit als Voraussetzung für die Wirksamkeit der Einwilligung gekennzeichnet wird, ist dies zutreffend. Ungenau ist der Ansatz aber insofern, als der BGH zugleich auch aus dieser Beziehung zwischen Aufklärung und Einwilligung die Pflicht zur Aufklärung ableitet. Dies drückt sich darin aus, daß er von einer Pflicht des Arztes spricht, den Patienten umfassend über die Bedeutung und Folgen des Eingriffs zu unterrichten, da anders das Selbstbestimmungsrecht nicht gewahrt sei. Dies ist zwar im Ergebnis richtig. Man kommt zu einer Verpflichtung des Arztes jedoch nur deshalb, weil die Wirksamkeit der Einwilligung nicht anders ohne nachteilige Folgen für den Arzt herbeizuführen ist. Der Arzt klärt den Patienten auf, wenn man dies im Sinne einer Obliegenheit sieht ¹⁾, weil die Unwirksamkeit der Einwilligung einen rechtlichen Nachteil für ihn bedeutet. Einerseits obliegt es dem Arzt, wenn er überhaupt bereit ist zu handeln, die Selbstbestimmung durch die Aufklärung möglich zu machen und zum anderen den Patienten zu einer sinnvollen Entscheidung zu veranlassen. Diesen zweiten Schritt vollzieht der BGH nicht; er bleibt bei der bisherigen Bewertung des Selbstbestimmungsrechts, das jedoch nicht als formales Prinzip betrachtet wird, denn dies würde einer gerechten und vernünftigen Verteilung der Verantwortung für die Heilbehandlung auf Arzt und Patient entgegenstehen ²⁾. Damit wird die weitere Ungenauigkeit sichtbar. Obgleich allein das Selbstbestimmungsrecht Ansatz und Maßstab für die Aufklärung sein soll, wird das Arzt-Patienten-Verhältnis miteinbezogen, ohne daß es aber rechtlich eingeordnet wird. Zumindest hätte deutlich werden

1) Der BGH nimmt eine Unterscheidung zwischen Obliegenheit und Rechtspflicht nicht vor.

2) BGHZ 29, 55.

müssen, daß ein bestimmter Behandlungszweck in der Regel im Vordergrund der Behandlung steht und dessen Bedeutung Inhalt der Aufklärung ist und daß der Patient zu einer vernünftigen Entscheidung kommen soll (i.S. einer sog. Selbstbestimmungsaufklärung). Von Geilen¹⁾ wird diese Überbewertung des Selbstbestimmungsrechts, die Anlaß für die Überdehnung der Wirksamkeitserfordernisse der Einwilligung, insbesondere für die Forderung nach einem konkreten Risikobewußtsein des Patienten²⁾ sei, zutreffend damit erklärt, dies beruhe darauf, daß der Heileingriff als gebotenes und durch die Einwilligung erlaubtes Risiko einem leichtfertigen Risiko gleichgestellt werde.

In gleichem Sinne ist die Auffassung des BGH angreifbar, wonach das Arzt-Patienten-Verhältnis nicht in eine Vertragsbeziehung eingeordnet werden könne. Der erkennende (VI.) Senat verwirft den Vorschlag von Göppinger³⁾, das Arzt-Patienten-Verhältnis im Rahmen eines Vertrages zu sehen, mit dem Einwand, dieser sei mit Rücksicht auf die menschlichen Beziehungen mehr als ein bloßes Vertragsverhältnis,

Die Bedenken richten sich dagegen, daß es der Senat an einer Überprüfung der Frage überhaupt fehlen läßt, inwieweit nicht die einwilligungsbezogene Aufklärung als vertragliche Pflicht begründet werden kann. In Anbetracht der Tatsache, daß zwischen Arzt und Patient in der Regel ein Vertragsverhältnis besteht, was der BGH auch anerkennt⁴⁾, hätte darauf eingegangen werden müssen, woraus sich im einzelnen eine Pflicht zur Aufklärung über die Tragweite und die Gefahren eines Eingriffs ergibt. Das Gericht hätte vor allem berücksichtigen müssen⁵⁾, daß mit dem Eingehen einer rechtlichen Sonderbindung, also dem Abschluß eines Vertrages,

1) Geilen, S. 25 ff.

2) BGHZ 29, 56.

3) Göppinger, in Fortschritte der Neurologie 1956, 53 ff.

4) Vgl. BGHZ 29, 52 und 179.

5) Vgl. die eigene Darstellung oben S. 41.

das Arzt-Patienten-Verhältnis ausschließlich durch den Vertrag bestimmt wird, so auch die Aufklärungspflicht. Der Senat meint nur, man könne Arzt und Patient nicht nur als Partner eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages sehen, man müsse vielmehr berücksichtigen, daß das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ein starkes Vertrauen voraussetze, was in der menschlichen Beziehung wurzele, und daß aus diesem Zusammenhang die Aufklärungspflicht zu bestimmen sei. Dabei bleibt allerdings offen, woraus sich eine Aufklärungspflicht begründen läßt, wenn der Arztvertrag als Rechtsgrundlage in Zweifel gezogen wird. ¹⁾ Der Senat umgeht insofern die Frage, woraus sich eine Aufklärungspflicht ableitet und legt den Schwerpunkt seiner Betrachtung auf den Umfang der Aufklärungspflicht. Es hätte aber eines Hinweises bedurft, daß der vertragliche Pflichtenbereich einen solchen aus dem Deliktsrecht oder aus sonstigen Überlegungen begründeten Bereich überlagert, weil gegenüber vertraglichen Regelungen andere nicht auf Gesetz beruhende Pflichtenbereiche zurücktreten. Diese Trennung in der Begründung des Pflichtenbereichs hat zwar im Regelfall keine Bedeutung für den Umfang der Aufklärung, da insofern Obliegenheit und vertragliche Pflicht identisch sind. Diese Ungenauigkeit des BGH in der Begründung hat jedoch zur Folge, daß vom Ansatz her der Fürsorgegedanke im Sinne einer ethischen Heilverpflichtung keine weitere Beachtung und rechtliche Einordnung findet ²⁾.

3. Die neueren Vorschläge für eine Umfangsbestimmung

Obwohl die Rechtsprechung immer wieder aus den gleichen Gründen kritisiert wurde, finden sich kaum Ansätze einer konstruktiven Lösung. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, daß im Grundsätzlichen und im Ergebnis mit der Judikatur Übereinstimmung besteht ³⁾. Abweichungen von der

1) Vgl. oben S. 48/49 und die gegen eine einseitige Betrachtung erhobenen Bedenken

2) Vgl. oben S. 26 ff und S. 36 f.

3) Vgl. Friedrich in VersR 1954, 329/380; Bockelmann in NJW 1961, 945; Schwalm in Schriftenreihe S. 42; ders. in MDR 1960, 722 ff.; Grünwald in ZStW 73, 34.

Rechtsprechung bestehen nur hinsichtlich einzelner Teilprobleme, so insbesondere im Hinblick auf eine stärkere Berücksichtigung ärztlicher Erkenntnisse oder bezüglich der Frage, in welchem Umfang die Aufklärungspflicht beschränkbar sei. Schwalm¹⁾ hat in einem Katalog von 16 Thesen versucht, den Umfang der Aufklärungspflicht und die Möglichkeiten einer Beschränkung an Hand einzelner Fallgruppen näher zu bestimmen. Er geht dabei davon aus, daß die Aufklärung am Selbstbestimmungsrecht ausgerichtet ist. Folglich kommt Schwalm auch dahin, die jeweilige Erkenntnisfähigkeit und Einsicht des Patienten für den Umfang der Aufklärung als maßgebend anzusehen. Die Folge eines solchen Ansatzes ist, was Schwalm auch erkennt und in seinen Thesen auch zu lösen versucht¹⁾, daß sich der Arzt, der die jeweilige Vorstellung des Patienten nicht immer kennen kann, stets fragen müßte, ob sich nicht der Patient über seine Ausführungen eine irrige Vorstellung macht. Für den Arzt, der einen rechtmäßigen Eingriff vornehmen will, wird damit u.U. die Frage nach der Wirksamkeit der Einwilligung zu einem Irrtumsproblem, womit das Problem des Umfangs der Aufklärungspflicht verlagert wäre. Schwalm will den Arzt dadurch entlasten, daß eine allgemein verständliche und zutreffende Aufklärung ausreichen würde.

Mit diesem Hinweis auf eine der Thesen soll die Uferlosigkeit dieses Katalogs nur angedeutet werden, die sich daraus ergibt, wenn die Aufklärung konsequent aus einem Schutzbedürfnis der Persönlichkeit abgeleitet wird.

Nur wenige Autoren haben versucht, die Rechtsprechung durch dogmatische Angriffe in Zweifel zu ziehen. Sieht man hier von den bereits dargestellten Überlegungen ab, das Arzt-Patienten-Verhältnis i.S. einer vertraglichen Beziehung einzuordnen, so bleiben für eine Bestimmung des Umfangs der Aufklärung nur der Vorschlag von Geilen²⁾ und der praktische

1) Schwalm bei Niese, aaO. vgl. als Beispiel These 4 und 5.

2) Geilen, S. 136 ff.

Versuch von Reitelmann ¹⁾. Reitelmann möchte über die Ermittlung einer Statistik für bestimmte Komplikationen den Umfang der Aufklärung erfassen. Geilen geht aus von der Heilmittel-Heilzweckrelation, um so vom eigentlichen Grund der regelmäßigen Tätigkeit des Arztes her, nämlich der Heilung, einen Ansatz zu schaffen. Der Lösungsvorschlag von Eberhardt ²⁾ geht dagegen über die bisher bekannten Ansätze nicht hinaus. Eberhardt geht zutreffend von der jeweiligen Zweckrichtung des Eingriffs aus, wodurch das Prinzip der Einwilligung in gewissem Sinne variabel werde. Wenn die Entscheidung des Patienten zweckgerichtet sei, so finde auch eine Wertung zwischen den einzelnen Werten Gesundheit, Leben, seelisches Wohl etc. statt. Im Ergebnis stellt Eberhardt, um den Umfang der Aufklärung erfassen zu können, dann auf die entscheidungswesentlichen Umstände, d.h. auf die jeweilige Bedeutung des Eingriffs ab, die im einzelnen aufgegliedert wird nach Art, Folgen und Gefahren, sowie Notwendigkeit und Nutzen des Eingriffs.

a) Die Statistik als Inhaltsbestimmung

Reitelmann ³⁾ geht es in seiner Untersuchung darum, eine allgemein verwendbare Formel zu finden, nach der die Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber dem Patienten begrenzt werden kann. Er sieht die Problematik der Aufklärung weniger von ihrem Ansatz her, sondern vom Umfang. Um den bisherigen Lösungsversuchen zu begegnen, die nach seiner Meinung den Umfang der Aufklärung nicht vereinfachen, sondern verkomplizieren, meint er, das Problem ließe sich von der praktischen Seite aus klären, indem man statistische Werte über die Komplikationsdichte bei einzelnen Eingriffen ermittelt. Reitelmann stellt nicht die Frage, inwieweit sich die Aufklärungspflicht begrenzen läßt, sondern glaubt, mit Hilfe einer systematisch aufgestellten Statistik dem Arzt gegenüber dem Pati-

1) Reitelmann, Diss. S. 80 ff.

2) Eberhardt, Diss. S. 180 ff.

3) Reitelmann, Diss. S. 80 ff.

enten entlasten zu können.

Der Gedanke, für den Arzt eine praktikable, berechenbare Grenzzinie für die Aufklärung zu finden, läßt sich kaum verwirklichen. Um zu einem vertretbaren Zahlenwerk zu kommen, müßten die verschlungenen Beziehungen zwischen Arzt und Patient in Zahlen ausdrückbar sein. Nicht allein dies müßte erfaßbar sein, sondern es müßte auch der Umfang möglicher Schäden unter Berücksichtigung der Individualität des Patienten bestimmt werden. Dazu käme noch die Ermittlung des Risikogrades, der Risikoschwere u.ä.. Selbst wenn sich eine auf ein Krankenhaus zugeschnittene Statistik aufstellen ließe, so wird auch die Gültigkeit dieses Zahlenmaterials dann fragwürdig, wenn der bisherige Chirurg ausfällt und nur weniger erfahrene Ärzte zur Verfügung stehen. Es fragt sich, ob u.U. wegen dieses Umstandes aufgeklärt werden müßte, auch wenn die bisherige Statistik bei einem bestimmten Eingriff gute Erfolge verzeichnet. Sobald also die Statistik auf nicht mehr gleiche Ausgangsverhältnisse angewendet werden soll, kommt man dazu, den Boden der Statistik wieder zu verlassen. Letztlich läßt sich das Arzt-Patienten-Verhältnis auch nicht in ein starres Zahlensystem einordnen.

b) Die Heilmittel-Heilzweckrelation

Im Sinne der bereits gekennzeichneten ¹⁾ Zweckrichtung des Eingriffs als der allgemeinen Verbindung zwischen Aufklärung und Einwilligung ordnet Geilen ²⁾ Aufklärung und Einwilligung in das Zweck-Mittelverhältnis ein. Ausmaß und Gewicht der Selbstbestimmung sowie die für eine wirksame Einwilligung vorausgesetzte psychologische Fundierung seien auf das Mittel-Zweckverhältnis unmittelbar bezogen. Der Patient willige

1) Vgl. oben S.12.

2) Geilen, S. 133 ff; 178.

ein, weil er nach den Ausführungen des Arztes von der Zweckmäßigkeit des Eingriffs als einem geeigneten, angemessenen und richtigen Mittel zur Erreichung des angestrebten Behandlungszweckes überzeugt sei ¹⁾. Die Aufklärung beziehe sich dabei auf das Krankheitsbild, dessen Bedeutung sowie ggfls. auf den vorzunehmenden Eingriff, dessen Risiko und dessen Folgen. Der Arzt habe, wenn er tätig werde, dem Patienten nicht nur die Kenntnisse über seine Krankheit, die zu treffenden Maßnahmen etc. zu vermitteln (ohne dabei ein Kolleg abzuhalten), sondern auch auf den Kranken im Sinne des verfolgten (Heil)-Zwecks einzuwirken, damit dieser in die indizierte Behandlung einwillige. Die Einwilligung sei also keine abstrakte Größe als Ausfluß des Selbstbestimmungsrechts, sondern werde durch die der Behandlung vorausgehende zweckgerichtete Aufklärung "relativiert". In Bezug auf die unterschiedliche Zweckrichtung der Maßnahme, deren Risiko und Gefährdung, sei die Autonomie des Patienten variabel, was besage, daß die Notwendigkeit und der Umfang der Aufklärung entsprechend der Schwere und des Risikos des Eingriffs gesteigert sei. Die Einwilligung könne nur dann die Rechtfertigung auslösen, wenn sie sich auf die medizinische oder sonstwie sinnvolle Bedeutung des indizierten Eingriffs beziehe. Geilen ²⁾ verweist, um den Lærlauf einer isoliert nur auf die Autonomie gegründeten Einwilligung zu erläutern, auf einen Fall des BGH ³⁾. Auf Grund einer Kropfoperation bei einer Krankenschwester trat eine Lähmung der Stimmbänder (eine häufige Komplikation) ein. Diese Operation war medizinisch indiziert, was der in das Krankenhaus überweisende Hausarzt festgestellt hatte. Würde man sich, so meint Geilen, die Indikation wegdenken, so wäre die Einwilligung ohne vernünftige Beziehung zu dem Eingriff, seiner Bedeutung und seinem Risiko und folglich als Rechtfertigung des Eingriffs

1) Geilen, S. 138.

2) Vgl. Geilen, S. 103 ff, 192.

3) Vgl. BGH in NJW 1961, 2302 = VersR 1961, 1038 (nähere Wiedergabe der Entscheidungsgründe); vgl. auch BGH und NJW 1961, 2303.

nicht denkbar. Der Kranke hätte in einen Eingriff eingewilligt, ohne zu wissen warum.

Im Ergebnis psychologisiert Geilen das Arzt-Patienten-Verhältnis, denn wenn die Einwilligung am Mittel-Zweckverhältnis ausgerichtet wird, so heißt das in erster Linie, daß die Zweckrichtung des Eingriffs und ihre Erfüllung für den Patienten, der unter dem Eindruck der Erkrankung steht, als Vorrang anzusehen ist. Für den Arzt ist daher die Aufklärung ein Teil der Zweckerfüllung. Daraus folgt, daß die Aufklärung zugleich auch einen mehr therapeutischen Sinn bekommt. Das bedeutet wiederum, daß dem Arzt insoweit ein Ermessensspielraum eingeräumt wird, wenn die Aufklärung mit dem Therapiegedanken verbunden wird, der durch den Erfahrungsschatz der ärztlichen Standesethik umschrieben wird ¹⁾.

Mit einer solchen Erfassung des Umfangs der Aufklärung kommt man zu einer Art Generalklausel. Es bedarf vom Ansatz her keiner kasuistischen Abgrenzung nach Schwere und Bedeutung sowie Risiko des Eingriffs. Mit der Mittel-Zweckrelation läßt sich zwar auch eine Kasuistik nicht vermeiden, denn auch ein gleiches Krankheitsbild ist in seiner Auswirkung bei den Kranken zu unterschiedlich, als daß sich ein bestimmtes Maß an Aufklärung festlegen ließe. Auf der Basis des Mittel-Zweckverhältnis läßt sich jedoch die Vielfalt der Einzelumstände, die der Arzt bei der Aufklärung zu berücksichtigen hat, einheitlich erfassen. Im übrigen ist auch durch die Einbeziehung des Therapiegedankens die Bedeutung der ethischen Aufgabe des Arztes miterfaßt, weil es gerade zu einer Therapie gehört, den Patienten eine vernünftige Einstellung zu seiner Erkrankung oder dem Eingriff finden zu lassen und auch u.U. mit Rücksicht auf die psychische Veranlagung des Kranken eine volle Aufklärung zu vermeiden, um

1) Vgl. Geilen, S. 179 ff (191f; 196)

die Aussichten auf eine Heilung nicht schon durch eine ungünstige oder durch Kennzeichnung der Schwere des Eingriffs belastende Auskunft zu gefährden.

II Der Umfang der einwilligungsrelevanten Aufklärung

Im folgenden geht es nicht darum, für den Umfang der Aufklärung einen allgemeinverbindlichen Maßstab zu finden, denn einen solchen kann es mit Rücksicht auf die unterschiedlichen Krankheitserscheinungen und auf die verschiedenartigen Auswirkungen auf den menschlichen Organismus und auf die menschliche Psyche nicht geben. Es soll vielmehr eine Lösung gefunden werden, um die scheinbar widerstreitenden Interessen, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten auf der einen und der Heilauftrag des Arztes auf der anderen Seite, gegeneinander abwägen zu können.

Dabei soll das Arzt-Patienten-Verhältnis in seiner Grundbeziehung gesehen werden, nämlich daß sich der Arzt, als Helfender, und der Patient, in der Regel als Kranker und Leidender, gegenüber stehen. Diese Beziehung hat sich durch die Technisierung und Dehumanisierung der Medizin teilweise verändert: Einerseits ist der Kranke in seinem Leiden und in seiner Not in der unpersönlichen Atmosphäre durchrationalisierter Krankenanstalten allein gelassen. Zum anderen ist der Arzt nicht mehr "der erwünschte feste Punkt" ¹⁾, denn seine Autorität hat sich vermindert. Der Kranke sieht schon vielfach sein Kranksein nicht mehr als Naturereignis, sondern als ein Übel an, von dem er durch den Arzt befreit sein möchte. Der Arzt erscheint weniger als der Helfer, sondern mehr als der zuständige Verwalter für die Beseitigung "körperlicher Mißstände", für die der Arzt verantwortlich sein soll ²⁾, wenn sie nicht beseitigt werden können.

1) Jaspers, die Idee des Arztes, S. 172.

2) Vgl. Wiethölter, S. 75.

Damit im Zusammenhang steht auch die Betonung der Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber dem Patienten, der sich mehr und mehr als Objekt sieht, sich aber nicht bevormunden lassen möchte und auch kritisch den Maßnahmen des Arztes gegenübersteht. Das Schwinden des "mitmenschlichen Kontakts" ¹⁾ ändert jedoch nichts daran, daß der Arzt nicht mehr als helfen und das Krankwerden nur in beschränktem Maße verhindern kann, und daß es bei allem Fortschritt der medizinischen Technik die vornehmste Aufgabe des Arztes ist, zu heilen und damit auch dem Kranken in seiner Not beizustehen. Nur von diesem Ansatz her läßt sich die Aufklärungspflicht rechtlich einordnen, lassen sich ihre Grenzen sowie ihre Begrenzbarkeit bestimmen.

1. Allgemeine Kriterien für den Umfang der Aufklärung

Wie bereits festgestellt wurde ²⁾, besteht hinsichtlich des Umfangs von Aufklärungsobliegenheit und einwilligungsbezogener vertraglicher Aufklärungspflicht für den Normalfall kein Unterschied. Beide Pflichtenbereiche sind insofern identisch, denn für die Rechtmäßigkeit des Eingriffs kommt es allein auf die Wirksamkeit der Einwilligung an. Der Betroffene ist daher in allen wichtigen Fragen der Behandlung an der Entscheidung zu beteiligen. Dies ist Ausfluß der Freiheit der menschlichen Person zur Selbstbestimmung. Folglich ist es im Regelfall nicht entscheidend, ob die Pflicht zur Aufklärung im Rechtssinne eine Obliegenheit oder eine vertragliche Pflicht darstellt, denn das Erfordernis, eine wirksame Einwilligung

1) Wiethölter, S. 75

2) Vgl. oben S. 41.

herbeizuführen, stellt sich insofern für den Arzt gleichermaßen.

Die Aufklärung des Arztes ist nicht im Sinne einer Selbstbestimmung durch Aufklärung zu verstehen, sondern die Selbstbestimmung soll durch eine Aufklärung erst möglich werden. Auch durch eine noch so deutliche und umfassende Aufklärung über die Tragweite und die Folgen eines Eingriffs ist nicht sicher gewährleistet, daß sich bei dem Patienten eine wirkliche Selbstbestimmung vollzieht. Wenn also die bei verständiger Würdigung der Maßnahme erforderliche und ausreichende Aufklärung bei dem Kranken nicht "ankommt", weil dieser etwa besondere Vorstellungen über sein Leiden hat, so geht dies nicht zu Lasten des Arztes. ¹⁾ Deshalb kann man nur sagen, daß die ärztliche Aufklärung sich ganz allgemein danach bestimmt, daß sie einen gewissen Bereich der Selbstbestimmung möglich macht. Die Selbstbestimmung verwirklicht sich durch die Einwilligung, der die Kenntnis der entscheidenden für und gegen den Eingriff sprechenden Gründe zugrunde liegt, die ein verständiger Patient in seiner jeweiligen Lage für die Entscheidung als maßgebend ansehen würde ²⁾.

Zu den maßgebenden Umständen, über die der Arzt aufzuklären hat, gehört eine Darstellung von Art und Umfang des Eingriffs in den wesentlichen Zügen. Weiterhin ist es erforderlich, die Folgen und Gefahren des Eingriffs, d.h. das Risiko, zu erläutern. Dabei ergeben sich gewisse Schwierigkeiten, da die Komplikationsdichte bei bestimmten Eingriffen von

1) Geilen, S. 92 ff.

2) Das entspricht der Formel des BGH in BGHZ 29, 46 ff.

einer Reihe von Faktoren abhängt. Deshalb ist die Grenze zu dem entscheidungswesentlichen Risiko nicht mathematisch genau bestimmbar. Entscheidend ist der jeweilige Einzelfall. Der Arzt kann sich beispielsweise auf seine eigene günstige Erfolgsquote beziehen, wenn sie ein ausreichendes Bild vermittelt. Neben der Häufigkeit bestimmter Schadensfolgen ist auch noch die Art des drohenden Schadens und ihre Bedeutung für den Kranken entscheidend, so z.B. macht es einen Unterschied, ob bei einer Augenoperation mit einer Beschränkung oder auch einem Verlust der Sehkraft gerechnet werden muß oder ob bei einer Gelenkoperation sich eine gewisse Versteifung ergeben kann. Im einzelnen können sich schwierige Abgrenzungsfragen ergeben, ob und inwieweit es sich um aufklärungsbedürftige entscheidungswesentliche Tatsachen handelt. Mit einfachen Maßstäben läßt sich dieses Problem nicht lösen. Entscheiden läßt sich dies nur im Einzelfall unter Berücksichtigung der Persönlichkeit des Patienten.

Um eine vernünftige Entscheidung zu einem Eingriff treffen zu können, ist der Patient u.U. auch über die Gründe zu unterrichten, die für die ärztliche Maßnahme entscheidend sind. Dazu gehören die Diagnoseaufklärung, die Unterrichtung über die Erfolgsaussichten sowie die Erläuterung über den Nutzen der vorgesehenen Maßnahme. Eine solche Aufklärung wird dann erforderlich, wenn der Kranke sein Leiden schwerer einschätzt als es in Wirklichkeit ist oder die Aussichten auf einen Erfolg oder die Vor- und Nachteile zu pessimistisch beurteilt. Auch wenn der Patient sich allzu große Hoffnungen auf eine Heilung macht, muß der Arzt die tatsächlichen Verhältnisse darstellen, da diese insofern entscheidungswesentlich sind.

2. Die Grenzen der Aufklärung

In der Kritik ¹⁾, die in der Literatur an den Gerichtsentscheidungen geübt wurde, sind vor allem die Maßstäbe bean-

1) Vgl. oben S. 60/61.

standet worden, nach denen das Schweigen des Arztes gerechtfertigt sein soll. Es handelt sich hierbei um das eigentliche Problem bei dem Umfang der Aufklärung, denn es geht dabei für den Arzt um eine Wertung der Pflichtenbereiche, Wahrung des Selbstbestimmungsrechts und der Verpflichtung zu heilen.

Diese Konfliktsituation des Arztes ergibt sich immer dann, wenn mit einer vollständigen Aufklärung über die Schwere der Krankheit und über das Risiko des Eingriffs zu befürchten ist, daß der Patient die Hoffnung auf einen Erfolg und somit auf Heilung verliert oder psychisch dadurch derart belastet wird, daß die Durchführbarkeit der Operation in Frage gestellt oder der Heilprozeß ernsthaft gefährdet ist. Der BGH hat in den beiden "Elektroschockurteilen"¹⁾ diese Konfliktsituation zwar gesehen, aber entschieden, daß der Arzt auch dann in vollem Umfang aufzuklären habe, wenn dadurch die Stimmung des Patienten und das Allgemeinbefinden herab gedrückt würden, es sei denn, daß Leben und Gesundheit ernstlich betroffen würden.

Diese Ausnahmeregelung, in denen das Recht auf freie Willensentscheidung zurücktreten muß, ist, worauf bereits in der Literatur mehrfach hingewiesen wurde,²⁾ nicht nur zu eng, sondern vom Ansatz her nicht unbedenklich. Der Senat läßt bei der Begründung der Aufklärungspflicht den Fürsorgegedanken außer Betracht, was im Ergebnis dazu führt, daß die Heilaufgabe des Arztes gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht keine rechtliche Einordnung erfährt. Bezieht man das Verhältnis Aufklärung - Einwilligung auf das Mittel-Zweckverhältnis, wie es Geilen getan hat³⁾, so führt dies zu einem auch die ethische Heilverpflichtung des Arztes be-

1) BGH in NJW 1956, 1106; BGHZ 29, 46; bestätigt im "Strahlenurteil" in BGHZ 29, 176.

2) Vgl. oben S. 60.

3) Geilen, S. 136 ff.

rücksichtigenden Ergebnis.

Die Aufklärung hat den Sinn, das Selbstbestimmungsrecht zu ermöglichen. Dies geschieht in der Regel unter dem Gesichtspunkt daß mit dem Eingriff, als dem jeweils geeigneten Mittel, ein Heilzweck verbunden ist. Nicht nur das Handeln des Arztes wird von diesem Zweck bestimmt, sondern auch die Aufklärung. Das besagt, daß die Aufklärung zugleich als ein Teil der Heilung anzusehen ist. Die Aufklärung wird mit in die jeweilige Behandlungstherapie einbezogen. Die Bedeutung der Aufklärung ist auf diese Weise erweitert, denn der Patient soll auf Grund der Aufklärung nicht nur eine Entscheidung über den Eingriff treffen, sondern diese Entscheidung soll auch im Hinblick auf den mit dem Eingriff verfolgten Zweck, in der Regel der Heilung, vernünftig sein. Der Patient muß erkannt haben, daß der Eingriff nach den ärztlichen Erkenntnissen und Erfahrungen geeignet ist, den Heilzweck zu erfüllen. Weiterhin soll der Kranke, durch die Aufklärung des Arztes bestimmt, sich im Vertrauen auf den Arzt auf den Eingriff eingestellt haben, wodurch zugleich auch eine psychologische Wirkung erreicht wird im Hinblick auf eine gegebenenfalls notwendige Anspannung aller körperlichen Kräfte. Diese Wirkung der Aufklärung ist vor allem dann erforderlich, wenn es sich um einen schweren und nicht risikolosen Eingriff handelt. Da die Aufklärung im Rahmen des Mittel-Zweck-Verhältnisses zu sehen ist, kann die Aufklärung auch bei schweren Erkrankungen nur so weit gehen, als der Heilzweck dadurch nicht gefährdet wird, so wenn also der Kranke bei Eröffnung der vollen Wahrheit in Hoffnungslosigkeit oder Dumpfheit verfallen oder sonstwie psychisch negativ z.B. mit Kreislaufstörungen oder mit Angstzuständen reagieren würde. Auf Seiten des Patienten würde dies dahin führen, daß eine sinnvolle und vernünftige Entscheidung nicht mehr möglich ist. Eine solche soll aber gerade der Arzt herbeiführen und insofern trifft ihn eine Fürsorge, diese Entscheidung auch in schweren Fällen zu ermöglichen,

was Takt, Einfühlungsvermögen und Verständnis verlangt. Zu berücksichtigen ist auch, daß einem Kranken nicht so ohne weiteres anzusehen ist, wie er auf die Mitteilung einer schweren Erkrankung reagieren wird.

Sieht man die Bedeutung der Aufklärung in diesem Zusammenhang, so werden die Bedenken verständlich, wenn z.B. im "Strahlenurteil" ¹⁾ die Meinung vertreten wird, die Eröffnung des Ernstes der Erkrankung werde bei dem Kranken den Heilungswillen auslösen, oder wenn es im "1. Myom-Urteil" ²⁾ heißt, das Unterlassen der Aufklärung sei umso weniger zu rechtfertigen, da es sich bei der Kranken um eine intelligente, gewandte und im reifen Alter stehende Frau handele. Der BGH sagt damit nichts anderes, als daß es eine Tatsache sei, daß seelische Erschütterungen bei älteren und gewandten Menschen seltener auftreten würden. Da dies jedoch keineswegs so sicher ist, wie der BGH meint, und der Arzt in schwierigen Fällen immer mit der Möglichkeit rechnen muß, daß bei dem jeweiligen Kranken "ein Ausnahmefall" vorliegt, steht der Arzt stets vor der Frage, ob er die Möglichkeit in Kauf nehmen soll, durch die Aufklärung dem Kranken zu schaden. Diese Konfliktslage des Arztes läßt sich unter Einbeziehung der Aufklärung in die Heilmittel-Heilzweck-Relation lösen. Danach hat der Arzt die Möglichkeit, im Rahmen seiner ethischen Heilverpflichtung die Aufklärung insoweit einzuschränken, als dies dem Heilzweck förderlich ist. Die Abwägung dessen, was an Aufklärung noch mit dem Heilzweck zu vereinbaren ist und was nicht, kann sich jedoch nur in solchen Fällen ergeben, in denen eine ernstzunehmende Sorge besteht, daß der Kranke bei einer vollen Aufklärung verängstigt und die Einwilligung in einen notwendigen Eingriff sinnigerweise verweigern würde oder auch in Verzweiflung verfiere, was den Heilerfolg deshalb infrage stellen könnte, weil der Kranke in der Anspannung seiner Kräfte und seines

1) BGHZ 29, 184.

2) BGHSt 11, 115 f.

Heilungswillen nachlassen würde. Dabei hätte der Arzt im Einzelfall noch den Grad der Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß einer Schädigung zu berücksichtigen.

Damit kommt man im Ergebnis dazu, dem Arzt im Rahmen seiner Abwägung zwischen dem Recht auf Selbstbestimmung und seiner Heilverpflichtung einen nicht mehr im einzelnen nachprüfbaren Bereich zuzubilligen, der von Seiten des Arztes durch die ethische Heilverpflichtung, also durch standesethische Grundsätze, ausgefüllt wird. Diesen Bereich auszuklammern, ist letztlich die Absicht des BGH, wenn er eine Einschränkung der Aufklärung nur in besonderen Ausnahmefällen zulassen will. Das bedeutet, daß die Auseinandersetzung über die Abwägung der Werte Selbstbestimmungsrecht und Leben und Gesundheit des Kranken, schließlich ein Streit über die Anerkennung möglicher Weise unterschiedlicher ethischer Anschauungen ist. ¹⁾

Der BGH kann sich mit seiner Auffassung über die Grenzen der Aufklärung nicht auf das Gesetz berufen, denn auch Artikel 2 GG schützt das Leben und die körperliche Unversehrtheit, und im Konfliktsfall geht es gerade um die Abwägung zwischen den Werten, Freiheit der Entscheidung und Wohlergehen. Es kommt also darauf an, inwieweit unterschiedliche Auffassungen über die ethische Abwägung der Werte beachtlich und gegebenenfalls von der Rechtsprechung zu entscheiden sind. Der BGH glaubt das tun zu können, indem er sich auf die objektive Geltung des Sittengesetzes beruft und insofern eine richterliche Wertung für angezeigt hält. ²⁾

Das Gericht läßt jedoch den Gesichtspunkt außer Acht, daß die sogenannten "Normen des Sittengesetzes" keine fertigen Rechtssätze darstellen, unter denen Sachverhalte subsumiert werden können ³⁾. Es handelt sich auch weniger um Normen, sondern mehr um ethische Prinzipien, also um Maßstäbe, die

1) Vgl. Grünwald in ZStW 73, 31 f; so auch in Arzt u. Recht S. 149 f.

2) Vgl. BGHSt 6, 51.

3) Vgl. Kaufmann in JZ 1963, 144.

daß dieser Grundsatz unbedingt angewendet werden muß. Zwar ist das Gebot der Wahrheit die Richtschnur für den Arzt, aber welchen Umfang die Aufklärung gegenüber einem bestimmten Patienten in einer bestimmten Lage hat, richtet sich nach den Einzelumständen, die in ihrer Gesamtheit nur von einem in "sittlichem Ernst" ¹⁾ handelnden Arzt beurteilt werden können. Deshalb kann es nicht mehr nachprüfbar sein, wenn es für einen Arzt nach standesethischer Auffassung, also nach verantwortungsbewußter Abwägung seiner Pflichtenbereiche, angezeigt erscheint, in einer bestimmten Lage aus Sorge für den Kranken auf eine Aufklärung zu verzichten. Das Unterlassen der Aufklärung ist für diesen Bereich nicht rechtswidrig. Auch wird die Gültigkeit der Einwilligung nicht in Frage gestellt, weil der Patient in der Regel weiß, daß ein Eingriff auf ihn zukommt, mit dem er einverstanden ist, über dessen Bedeutung und Auswirkung der Arzt sich aber zurückhaltend geäußert hat.

3. Die Beschränkbarkeit der Aufklärungspflicht

Abweichungen von dem bisher gekennzeichneten Umfang der einwilligungsbezogenen Aufklärung können sich nur im Rahmen des Arztvertrages ergeben. Aus der Privatautonomie ergibt sich, daß die Vertragspartner eine abweichende Übereinkunft über den für den Regelfall geltenden Umfang der Aufklärungspflicht treffen können. Entsprechende abweichende Vereinbarungen bestimmen dann auch den Umfang der Aufklärungspflicht, weil bei Vorliegen eines Vertrages dieser ausschließlich die Beziehungen der Beteiligten und damit auch den Pflichtenbereich regelt. In Betracht kämen für solche den regelmäßigen Umfang der Aufklärungspflicht abändernden Regelungen eine rechtlich nicht weiter problematische Ausdehnung und eine Einschränkung des Umfangs der Aufklärungspflicht. Bei einer Einschränkung der Aufklärungspflicht ist begriff-

1) Vgl. Grünwald in ZStW 73, 36.

lich zu trennen zwischen einer generellen Einwilligung in die indizierten Maßnahmen und einem Aufklärungsverzicht vor einem bestimmten Eingriff.

Eine Möglichkeit, die Aufklärung hinfällig werden zu lassen ergibt sich daraus, wenn der Patient ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck bringt, hinsichtlich eines bestimmten Eingriffs, der sich auf Grund der Diagnose als notwendig erweist, über Folgen und Risiken nicht unterrichtet zu werden. Unter Berücksichtigung der Gesamtumstände kann dann der Arzt davon ausgehen, von einer Aufklärung entbunden zu sein mit der Folge, den Eingriff auch ohne die Gefahren und die Tragweite umfassende Einwilligung rechtmäßig ausüben zu können.

Ein solcher Aufklärungsverzicht ist kein Verzicht im Sinne eines Erlaßvertrages, wie Wiethölter ¹⁾ meint. Es handelt sich vielmehr um eine einseitige ausdrückliche oder konkludente Erklärung mit dem Inhalt, das Selbstbestimmungsrecht in einem bestimmten Fall nicht mehr ausüben zu wollen. Das bedeutet aber kein Vertrag mit dem Arzt (auch nicht i.S. eines einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäfts) über eine Entbindung von der Aufklärungspflicht. Es liegt darin lediglich ein Verzicht auf ein persönliches Recht, wodurch der Arzt entlastet wird. Diese Entlastung ist eine mittelbare Wirkung des Verzichts auf die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts. Der Aufklärungsverzicht und der Verzicht im Sinne eines Erlaßvertrages unterscheiden sich im übrigen darin, daß bei einem Verzicht auf Aufklärung auf eine Information verzichtet wird, deren Inhalt dem Patienten unbekannt ist, während bei einem Erlaßvertrag der Verzichtende weiß, auf was verzichtet wird ²⁾.

In einem ähnlichen Sinne muß auch die generelle Einwilligung in die Behandlung und damit zusammenhängender Maßnahmen rechtlich eingeordnet werden. Wenn der Patient mit sämtlichen Maßnahmen im vorherein einverstanden ist, dann hat er

1) Wiethölter, S. 106.

2) Hagedorn, S. 101.

auf jegliche Aufklärung verzichtet. Der Arzt ist dann von seiner Verpflichtung zur Aufklärung befreit, was jedoch keine Befreiung entsprechend einem Erlaßvertrag bedeutet.

Der Zulässigkeit eines Verzichts auf Aufklärung könnte allerdings das Selbstbestimmungsrecht als höchstpersönliches unverzichtbares Recht entgegenstehen. Soweit der Patient nur auf eine Aufklärung über bestimmte aufklärungsbedürftige Umstände im Zusammenhang mit einem Eingriff verzichtet, dürfte an der Zulässigkeit nicht zu zweifeln sein. Der Patient weiß in einem solchen Fall im wesentlichen, was mit ihm los ist und daß ein Eingriff vorgenommen werden muß. Er hat insofern die Maßnahmen des Arztes gebilligt und nur in einen bestimmten Bereich den Arzt von der Aufklärung entbunden, was aber nicht einem Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht entspricht. Der Patient hat lediglich auf eine vollständige und umfassende Ausübung des Selbstbestimmungsrechts verzichtet.

Der Verzicht auf die Ausübung dieses Rechts ist anders zu beurteilen als ein materieller Verzicht auf ein solches Recht. Ein materieller Verzicht auf ein höchstpersönliches Recht ist nach der Rechtsordnung nicht möglich. Das Selbstbestimmungsrecht ist ein Recht und keine Pflicht. Deshalb kann der Patient nicht gezwungen werden, dieses Recht auszuüben, was er ausdrücklich durch eine entsprechende einseitige und nicht bindende Erklärung oder konkludent zum Ausdruck bringen kann. Daher steht es dem Patienten frei, von dem Arzt wieder eine Aufklärung zu verlangen, was sich z.B. durch Fragen erreichen läßt. Dem Patienten ist es also vorbehalten, wie er sich entscheidet, ob er also die ärztlichen Maßnahmen ausdrücklich billigen will oder generell oder nur hinsichtlich bestimmter Maßnahmen sein Einverständnis erteilt. Das setzt voraus, daß der Patient zumindest eine annähernde Vorstellung darüber besitzt, wie es mit seinem Leiden bestellt ist, und daß u.U. ein Eingriff vorgenommen werden muß. Verzichtet der Patient in diesem Zusammenhang ge-

nerell auf eine Aufklärung, dann ist die Zulässigkeit eines Verzichts zu bejahen ¹⁾, soweit damit nicht gegen die guten Sitten verstoßen wird ²⁾. Ein Sittenverstoß dürfte allerdings bei indizierten Heilmaßnahmen kaum in Frage kommen.

Bedenken könnten sich jedoch gegen die Wirksamkeit einer formularmäßig bei der Aufnahme in ein Krankenhaus erteilten Einwilligung ergeben. Wird ein Patient in ein Krankenhaus eingeliefert und unterschreibt er mit dem Aufnahmevertrag eine entsprechende formularmäßige Erklärung, so wäre dies eine generelle Einwilligung in die auf ihn zukommenden ärztlichen Maßnahmen, bevor der Patient u.U. von einem Arzt überhaupt untersucht worden ist. Dies käme jedoch einer Ignorierung des Selbstbestimmungsrechts gleich. Um auch in dieser Form eine wirksame Einwilligung abgeben zu können, muß die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts grundsätzlich überhaupt erst möglich sein. Der Patient muß in jedem Falle wissen, was mit ihm los ist. Auf die Aufklärung zu verzichten, ist nur denkbar und auch sinnvoll, wenn man sich in großen Zügen darüber klar ist, was man im einzelnen nicht wissen möchte.

In der Regel geht der Aufnahme in ein Krankenhaus die Konsultation des Hausarztes voraus, der dem Kranken auch mitteilt, aus welchem Grunde er eine Überweisung für erforderlich hält. Damit gewinnt der Patient zumindest eine gewisse Kenntnis über seinen Zustand und über das, was auf ihn zukommen wird. Nur aus einer solchen Lage heraus wäre eine formularmäßig erklärte Einwilligung wirksam. Fehlt eine auch nur annähernde Vorstellung des Kranken, so ist eine vorweggenommene formularmäßige Einwilligungserklärung unwirksam ³⁾. Der Grundsatz, daß der Arzt das Selbstbestim-

1) Vgl. BGHZ 29, 54; Schwalm in Schriftenreihe S. 29 f; Schmidt in Gutachten S. 172 f; Weitnauer in Der Betrieb 1961, Beil. 21.

2) Enneccerus-Nipperdey § 101 I, 3, S. 584.

3) Vgl. OLG Bamberg in VersR 1956, 86; OLG Hamm in MDR 1963, 520, wo in einem anderen Zusammenhang die Frage erörtert wird; Hagedorn, S. 101 ff.

mungsrecht des Patienten durch seine Aufklärung zu wahren hat, kann nicht auf diese Weise umgangen werden ¹⁾. Dementsprechend wird man auch sagen müssen, daß eine solche formularmäßige Einwilligung solche Eingriffe nicht mit umfaßt, deren Folgen in den persönlichen Lebensbereich eingreifen oder deren Risiken so bedeutsam sind, daß eine besondere Entscheidung angezeigt ist. Der Arzt wäre nur insoweit von der Aufklärungspflicht befreit, als die Voraussetzungen der Grenzen der Aufklärungspflicht gegeben sind.

1) Vgl. Eberhardt, Diss. S. 191, Anm. 146.

III. Ergebnis

Die Einordnung der Aufklärungspflicht als Obliegenheit oder vertragliche Nebenpflicht zeigt zwar eine unterschiedliche Rechtsgrundlage, bedeutet aber in der Regel keinen inhaltlichen Unterschied. In beiden Fällen läßt sich der Inhalt, soweit keine besonderen Vereinbarungen zwischen Arzt und Patient bestehen, ganz allgemein nach der Heilmittel-Heilzweckrelation bestimmen. Im Ergebnis bedeutet dies einen Ansatz, der den Arzt aus seiner Konfliktlage, zwischen Heilauftrag und Wahrung des Selbstbestimmungsrecht zu stehen, herausführt, ohne daß das Selbstbestimmungsrecht des Patienten beeinträchtigt wird. Methodisch ist ein Weg geschaffen worden, der geeignet ist, die von medizinischer Seite vorgetragenen Bedenken gegen den von der Rechtsprechung festgelegten Umfang der Aufklärungspflicht in den Konfliktfällen auszuräumen. Für den Arzt ergibt sich unter dem Gesichtspunkt des Heilzwecks ein gewisser Spielraum bei der Aufklärung, der durch die Grundsätze der Standesethik, ausgefüllt wird. In diesem beschränkten Rahmen kann der Arzt eigenverantwortlich handeln, ohne daß es dem Richter möglich wäre, die Richtigkeit insoweit zu überprüfen. Dieser eigenverantwortliche Bereich des Arztes wird in der Regel bedeutsam wenn der Arzt es im Hinblick auf die Heilung dem Patienten gegenüber für ratsam hält, zurückhaltend aufzuklären, weil eine vollständige Aufklärung den Heilzweck ernstlich gefährden würde oder auch den Kranken in Hoffnungslosigkeit und Angst fallen ließe. Gerade hier hat die Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen dem Arzt gestattet, taktvoll vorgehen zu können. Dies ist aber gerade Anlaß zu vielfacher Kritik gewesen. Die Konfliktsituation des Arztes ergibt sich nicht in Bagatellfällen, sondern in solchen, in denen mit dem Eingriff ent-

weder der letzte mögliche risikobelastete Versuch einer Lebensrettung unternommen wird, obwohl die Wahrscheinlichkeit einer Heilung nur gering oder eine Heilung nur unter einer erheblichen Belastung für das Fortleben des Patienten, sei sie körperlicher oder psychischer Art, möglich ist. Die Frage stellt sich für den Arzt regelmäßig dahin, ob eine Aufklärung in großen Zügen ausreicht oder ob auch dann noch die Komplikationen im einzelnen zu erläutern sind. Mit allgemeinen Grundsätzen im Sinne von BGHZ 29, 46 ff läßt sich kein geeigneter Lösungsansatz finden. Ein solcher läßt sich immer nur im Einzelfall finden, wenn das Spezifische der Krankheit, die Reaktion des Kranken sowie dessen Allgemeinzustand berücksichtigt wird. Damit wird auch deutlich, daß sich im Ergebnis eine Kasuistik weder für den Umfang der Aufklärung allgemein noch im Hinblick auf ihre Grenzen und ihre einseitige Begrenzbarkeit vermeiden läßt.

C. Der Anspruch auf Erfüllung der Aufklärung

Bei der Gegenüberstellung von Aufklärungspflicht und Aufklärungsobliegenheit wurde darauf verwiesen, daß bei einer Obliegenheit als einer Pflicht minderen Grades und minderer Zwangsintensität kein Anspruch auf Erfüllung besteht. Die Obliegenheit stellt keine Pflicht dar, auf die ein Leistungsanspruch besteht. Dies gilt auch dann, soweit sie innerhalb eines Vertrages besteht, weil sie nicht Teil eines einseitigen oder zweiseitigen Leistungsverhältnisses ist ¹⁾.

Etwas anderes hat jedoch für die vertragliche Aufklärungspflicht zu gelten, auf die gegebenenfalls ein Erfüllungsanspruch besteht, soweit eine vertragliche Aufklärungspflicht als Nebenleistungspflicht eingeordnet werden kann. Im Rahmen eines Vertrages ist die eingriffsbezogene Aufklärung immer eine vertragliche Nebenpflicht ²⁾. Inwieweit sie auch als Nebenleistungspflicht, d.h. als ein Teil des Leistungsverhältnisses anzusehen ist, soll im folgenden dargestellt werden.

I. Die Aufklärungspflicht als Nebenleistungspflicht

Um die Aufklärungspflicht als Nebenleistungspflicht kennzeichnen zu können, bedarf es einer Gegenüberstellung von sogenannten bloßen Nebenpflichten, auch Sicherungspflichten ³⁾ genannt, und Nebenleistungspflichten, die zusammengefaßt als weitere Verhaltenspflichten ⁴⁾ oder als Rücksichts- und Treuepflichten ⁵⁾ bezeichnet werden.

1) Vgl. R. Schmidt, S. 312 ff.

2) Es wird in der Regel zwischen Haupt- und Nebenpflichten unterschieden; vgl. Staudinger-Weber § 241 Anm. 87 ff.; Esser I § 5 III; Larenz I S. 275.

3) Staudinger-Weber Einl. § 241 Anm. F 20; § 241 Anm. 89 ff mit weiteren Nachw.

4) Larenz § 2 I S. 6.

5) Esser I § 5 III; Soergel-Siebert § 242 Anm. 25/70.

Für die Unterscheidung zwischen Nebenleistungspflichten und Nebenpflichten ist der Gesichtspunkt maßgebend, daß Nebenleistungspflichten noch in die Gegenseitigkeit der vereinbarten Leistung miteinbezogen sind und ihre Erfüllung u.U. auch Gegenstand einer selbständigen Erfüllungsklage sein kann. Nebenleistungspflichten sind Pflichten, die vornehmlich eine Nebenleistung zum Gegenstand haben, was sich entweder unmittelbar im Zusammenhang mit dem Inhalt und dem Zweck der Hauptpflicht oder aus dem Gesetz oder auch nach Treu und Glauben ergibt. Sie dienen dazu, die Hauptverpflichtung zu ermöglichen ¹⁾ oder, anders ausgedrückt, die zweckgerechte Erfüllung des Schuldverhältnisses zu erreichen ²⁾. Das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung einer Nebenpflicht muß dem an der Erfüllung der Hauptpflicht gleichzusetzen sein.

Demgegenüber haben bloße Nebenpflichten oder sogenannte Sicherungspflichten eher eine untergeordnete Bedeutung und beziehen sich nur auf eine Fürsorge oder generelle Sicherung einer geordneten Abwicklung des Schuldverhältnisses. Dazu gehören ganz allgemein Pflichten der Unterrichtung, Warnung oder Beratung und Betreuung ³⁾. In diesem Sinne grenzt auch Lehmann ⁴⁾ ab. Er unterscheidet zwischen sekundären Pflichten, die der pflichtgemäßen Erfüllung der Hauptpflicht dienen und Nebenleistungspflichten, die die vollkommene Verwirklichung des Vertragserfolges sicherstellen sollen.

Es kommt also darauf an, um die Aufklärungspflicht als Nebenleistungs- oder bloße Nebenpflicht bestimmen zu können, auf was diese bezogen ist. Daher ist zu trennen zwischen einer Diagnoseaufklärung, einer einwilligungsrelevanten Aufklärung und einer Aufklärung, die die Sicherung des Heilerfolges, also

1) Staudinger-Weber § 241, Anm. 89.

2) Esser I § 5 III, 1.

3) Staudinger-Weber Vorb. § 241 Anm. F 21; Soergel-Siebert Vorb. 10 zu § 241.

4) Enneccerus-Lehmann § 4 II, 2, S. 21

z.B. die Unterrichtung über eine bestimmte Verhaltensweise bei dem Genuß von Speisen oder bei körperlicher Betätigung, zum Inhalt hat. Mit einer solchen Trennung wird zugleich eine Festlegung oder Kennzeichnung des Schuldinhaltes des jeweiligen Pflichtenbereiches erreicht. Man könnte auch sagen, aus einer allgemeinen Verhaltenspflicht ¹⁾ im Sinne einer Sicherungspflicht wird eine spezielle Verhaltensweise ausgeschieden und zu einer selbständigen, eigenständigen Pflicht erhoben.

Die hier im Vordergrund der Betrachtung stehende einwilligungsrelevante Aufklärung hängt mit dem Arztvertrag in der Weise zusammen, daß die Erfüllung des wesentlichen Inhaltes dieses Vertrages, die Hilfeleistung ²⁾, sich ohne eine Aufklärung für den Arzt rechtmäßig nicht erreichen läßt. Der im Rahmen einer Behandlung sich als notwendig erweisende Eingriff ist nur zulässig, wenn eine wirksame Einwilligung vorliegt, was eine Aufklärung voraussetzt. Der Kranke hat auch ein Interesse daran zu wissen, was an einzelnen Maßnahmen auf ihn zukommt, und erwartet deshalb eine Aufklärung. Die Aufklärung steht daher für den Patienten in einem engen Zusammenhang mit dem Heilverlangen an den Arzt, was in der Regel nach der Vorstellung des Arztes durch einen bestimmten Eingriff erreicht werden soll. Dem Patienten kommt es dabei entscheidend darauf an, gegebenenfalls noch zwischen dem Eingriff und den Gefahren sowie etwaigen Komplikationen abwägen zu können, die sich mit dem Eingriff verbinden. Dementsprechend ist die einwilligungsrelevante Aufklärung als eine Nebenleistungspflicht einzuordnen ³⁾. Sie ist inhaltlich bestimmbar und maßgebend für die Zulässigkeit des ärztlichen Handelns, und ihre Erfüllung hat für den Patienten eine vergleichbare Bedeutung wie die Erfüllung des Heilverlangens.

1) Vgl. Larenz § 2 I, S. 7; vgl. auch Esser I § 5 III, 1.

2) Vgl. Steindorff in 32 1960, 141, der dies als die essentielle negotii entsprechend dem Gebot des Hippokrates bezeichnet: salus aegroti suprema lex.

3) Im Ergebnis auch Kleinewefers in VersR 1963, 301.

In ähnlichem Sinne ließe sich u.U. daran danken, die Diagnose-Prognose-Aufklärung als Nebenleistungspflicht zu bestimmen. Die Notwendigkeit der Bekanntgabe des Befundes ergibt sich vielfach in Verbindung mit der Aufklärung über die Bedeutung, Tragweite und Gefahren eines Eingriffs. Hat der Arzt den Patienten beispielsweise über die Gefahren eines Eingriffs (etwa Strahlungsschäden) zu unterrichten, so ist es vorstellbar, daß der Patient nur einwilligt, wenn ihm zugleich deutlich gemacht wird, was es zur Folge hat, wenn er sich nicht behandeln läßt (etwa bei einer Kehlkopfkrebsdiagnose). Die Aufklärung über den Befund ist daher für den Patienten von besonderem Interesse, da sich für ihn erst mit dem Wissen von dem Ernst der Krankheit die Möglichkeit einer sinnvollen und vernünftigen Entscheidung in einen indizierten Eingriff ergibt. Insofern hat die Diagnose-Aufklärung entscheidende Bedeutung, da sie dem Patienten eine allgemeine Kenntnis über seine Krankheit, die Heilaussichten sowie den voraussichtlichen Erfolg der Behandlung vermittelt. Deshalb läßt sich diese Aufklärung als eine eigenständige Pflicht einordnen. ¹⁾

In der Rechtsprechung ²⁾ ist eine Trennung zwischen der Aufklärungspflicht als bloßer Nebenpflicht und der Aufklärungspflicht als Nebenleistungspflicht nicht durchgeführt worden. Es werden lediglich die allgemeinen Begriffe wie Vertragsverletzung oder Verstoß gegen Vertragspflichten verwendet. Damit faßt der BGH offenbar die vertragliche Aufklärungspflicht vor Eingriffen als bloße Nebenpflicht auf, deren Verletzung u.U. einen Schadensersatzanspruch wegen positiver Vertragsverletzung nach sich zieht. Mit Recht haben Kleinewefers und Eberhardt ³⁾ auf diese Ungenauigkeit hingewiesen, denn es ist zu unterscheiden, auf was sich die Auf-

1) Vgl. Eberhardt, Diss. S. 32/33.

2) Vgl. BGHZ 29, 179; BGH in VersR 1959, 812.

3) Kleinewefers in VersR 1963, 304; Eberhardt, Diss. S. 32.

klärungspflicht bezieht. Bei der Diagnose-Aufklärung und bei der einwilligungsrelevanten Aufklärung handelt es sich um etwas anderes als um bloße Neben- oder Sicherungspflichten.

II. Die Aufklärungspflicht als Sicherungspflicht

Neben dieser Selbstbestimmungs- und Diagnoseaufklärung gibt es auch noch eine Aufklärung des Arztes, die den Zweck hat, den Erfolg einer bestimmten Behandlung zu sichern. Darunter fallen Mitteilungen an den Kranken über eine bestimmte Verhaltensweise ¹⁾, so z.B. Diät zu essen, bestimmte Medikamente regelmäßig zu nehmen bzw. deren Wirkung zu beobachten etc.. Weiterhin ist an eine Aufklärung des Patienten dahin zu denken, diesen bei einer schweren Erkrankung daran zu erinnern, Dinge des täglichen Lebens zu regeln. So z.B. bestimmte Familien- oder Berufsentscheidungen zu treffen. Gerade bei schweren Eingriffen, z.B. bei Amputationen ist der Patient auf die möglichen Auswirkungen auf seinen bisherigen Lebenskreis aufmerksam zu machen. Diese Aufklärungspflicht zur Sicherung der Behandlung oder über die Bedeutung des Krankseins für das Alltagsleben ist keine Nebenleistungspflicht, weil sie keinen Eigenzweck verfolgt und auch inhaltlich von vornherein nicht bestimmbar ist. Allerdings kann das im Einzelfall zweifelhaft sein, da die Abgrenzung zwischen Nebenleistungs- und Sicherungspflicht fließend ist. So könnte man z.B. bei einer Kurbehandlung daran denken, daß der Patient einen Anspruch darauf hat, Ratschläge bezüglich der Diät zu erhalten. Soweit der fragliche Pflichtenbereich in aller Regel einem ungestörten ²⁾ Ablauf des Behandlungsvertrages dient, ist er im Sinne einer Sicherungspflicht einzuordnen. Wenn der Arzt sich veranlaßt sieht, dem Patienten Verhaltensmaßregeln zu erteilen oder ihn an besondere Umstände zu erinnern, so ergibt sich dies aus der jeweiligen Lage des Patienten. Der Arzt übt damit eine gewisse Fürsorge und Sorgfalt sowie Rücksicht gegenüber dem Kranken aus. In gewissem Sinne erfüllt der Arzt auch eine Art Schutzpflicht, worauf der Patient aber keinen eigenen klagbaren Anspruch hat.

1) Vgl. BGH in VersR 1960, 419 (Aufklärung über die Möglichkeit der Ansteckung); BGH in VersR 1954, 98 (Hinweise auf notwendiges Einnehmen eines Mittels).

2) Staudinger-Weber § 241 Anm. 92.

3) Staudinger-Weber § 242 Anm. 770 ff.

III. Die Geltendmachung des Anspruches auf Aufklärung

Die Erfüllung der Nebenleistungspflichten kann in der Regel entweder mit den Hauptpflichten oder auch selbständig im Klagewege erzwungen werden ¹⁾, da sie inhaltlich hinreichend bestimmt sind ²⁾. Die inhaltliche Bestimmbarkeit ergibt sich nicht sogleich mit der Entstehung des Schuldverhältnisses sondern im weiteren Verlauf, weshalb erst dann Klage erhoben werden kann. Fällig ist ein Anspruch auf Aufklärung auch erst, wenn der Arzt seine Untersuchung abgeschlossen hat und daran anschließend einen Eingriff vorbereitet.

Da die Diagnoseaufklärung und die einwilligungsrelevante Aufklärung nicht nur inhaltlich, sondern auch in ihrer rechtlichen Bedeutung unterschiedlich sind, stellt sich die Frage, inwieweit sie im Klagewege durchsetzbar wären. Nebenleistungspflichten wie z.B. die Abnahmepflicht gem. § 433 II BGB oder die Pflicht zur Erteilung von Auskünften gem. § 444 BGB sind selbständig einklagbar. Damit ist aber nicht gesagt, daß auf die Erfüllung einer Nebenleistungspflicht immer auch geklagt werden kann ³⁾. Es ist denkbar, daß eine solche Pflicht nicht selbständig einklagbar ist, weil es kaum vorstellbar ist, wie ein entsprechender Anspruch eingeklagt werden soll, so z.B. bei der einwilligungsbezogenen Aufklärung. Bei dieser Aufklärung geht es für den Patienten (den Gläubiger) darum, daß der Arzt nicht ohne ein in zutreffender Beurteilung der Sachlage abgegebenes Einverständnis handelt. Das setzt jedoch voraus, daß der Patient weiß oder mehr oder weniger die (überzeugende)Gewiß-

-
- 1) Darüber besteht Einigkeit, daß Nebenleistungspflichten selbständig einklagbar sind; Staudinger-Weber § 241 Anm. 90 m. w. Nachw.; Larenz I 2, I; vgl. Esser, 2. Aufl. § 37,7 b, der noch unterscheidet zwischen ergänzenden u. erweiterten Nebenleistungspflichten. Nur die erweiterten seien einklagbar. Diese Unterscheidung findet sich aber in der 3. Auflage § 5, III nicht mehr.
 - 2) Vgl. Das Erfordernis eines "bestimmten Klageantrages" in § 253 II Ziff. 2 ZPO.
 - 3) Vgl. Staudinger-Weber § 241 Anm. 90.

heit hat, daß der Arzt ihm die wesentlichen Tatsachen über den Eingriff und seine Bedeutung vorenthält. Aber gerade dann dürfte es zweifelhaft sein, ob es überhaupt zu einem Eingriff kommt, weil der Patient in einem solchen Fall sein Einverständnis nicht geben würde. In der Regel wird jedoch der Patient nicht wissen, daß er sein Einverständnis aufgrund einer Aufklärung erteilt hat, die nicht vollständig die Bedeutung, die Folgen und die Auswirkung des Eingriffs verdeutlichte. Folglich ist es nur denkbar, daß ein solcher Anspruch einmal geltend gemacht wird, wenn er Bestandteil eines bestimmten Leistungsinteresses ist. Aus diesem Grunde hat die Kennzeichnung der Einwilligung-relevanten Aufklärung als Nebenleistungspflicht im Hinblick auf eine selbständige Klagbarkeit nur eine gewisse theoretische Bedeutung.

Etwas anderes kann u.U. für die Diagnoseaufklärung gelten. Wenn der Arzt nach Abschluß der Untersuchung keinerlei Auskünfte über das Ergebnis erteilt und Vorbereitungen für eine weitere Behandlung trifft, so ließe sich an eine Klage auf Aufklärung denken, die in entsprechender Anwendung auf § 666 BGB gestützt wäre. Der Arzt-Vertrag ist zwar kein Geschäftsbesorgungsvertrag i.S. von § 675 BGB. Die Anwendbarkeit von § 666 BGB steht jedoch dem Arzt-Patienten-Verhältnis nicht entgegen, auch wenn man darin keinen Geschäftsbesorgungsvertrag sieht ¹⁾.

Das Arzt-Patienten-Verhältnis ist ein komplexes Verhältnis, das sich nicht ausschließlich im Sinne einer Dienstleistung oder Geschäftsbesorgung einordnen läßt. Der Patient verlangt nicht nur eine bestimmte Dienstleistung (die Behandlung), sondern erwartet auch, daß zugleich auch das persönliche Interesse an der Erhaltung seiner Gesundheit wahrgenommen wird. Diese Leistung ist mehr als eine bloße Dienstleistung. In diesen

1) So Kleinewefers in VersR 1963, 301 ff., der über § 675 BGB eine Auskunftspflicht gem. § 666 BGB annimmt.

Bereich ist auch die Anwendung der Auskunftsregel des § 666 BGB einzuordnen. Die Anwendung dieser Bestimmung hat zur Folge, daß nach § 888 I ZPO der Anspruch auf Aufklärung über den Befund zwangsweise unter Androhung einer Geldstrafe durchsetzbar wäre.

Würde der Arzt teilweise oder unvollständig über den Befund aufklären, so würde es zu einer selbständigen Geltendmachung des Anspruchs auf Vollständigkeit kaum kommen, da es zweifelhaft ist, wie der Patient von der Unvollständigkeit Kenntnis nehmen könnte.

Im übrigen dürften Fälle einer Klage auf Aufklärung über den Befund auch kaum praktisch werden, es sei denn, die Aufklärung ist Gegenstand des Vertrages zwischen Arzt und Patient, also Hauptpflicht oder es handelt sich um die gutachtliche Ermittlung des Befundes auf Grund eines Krankenbildes.

Aktuell könnte eine Klage auch dann werden, wenn an den Arzt das Verlangen gerichtet wird, Zahlenwerte, Meßergebnisse, Ergebnisse von Röntgenaufnahmen etc. über die bisherige Untersuchung mitzuteilen und zur Verfügung zu stellen.

D. Zivilrechtliche Einzelfragen

I. Die Einwilligungsberechtigten

Wie bereits dargestellt wurde, handelt es sich bei der Einwilligung um eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung. Die Einwilligung bedeutet eine Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen. Soweit die Ermächtigung von einem vollgeschäftsfähigen Patienten erteilt wird, bestehen hinsichtlich der Wirksamkeit der Erklärung keine rechtlichen Bedenken. Anders ist es jedoch, wenn der Patient minderjährig ist. Hier stellt sich die Frage, inwieweit ein Minderjähriger selbständig berechtigt ist, zu Eingriffen in seinen Körper seine Einwilligung zu erteilen. Da die Einwilligung, wenn auch keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, so doch eine rechtsgeschäftsähnliche Erklärung ist, deren Abgabe im Falle einer Operation u.U. ein nicht unerhebliches Risiko zur Folge hat, ließe sich daran denken, die §§ 106 ff BGB analog zum Schutz der Minderjährigen anzuwenden. Der BGH ¹⁾ hat auch eine analoge Anwendung dieser Bestimmung nicht grundsätzlich abgelehnt, weil eine Einwilligung in einen körperlichen Eingriff bedeutsame rechtliche Folgen nach sich ziehen könne. Eine solche analoge Anwendung sei aber geboten, wenn es der Schutz des Minderjährigen erfordere. Der Minderjährige bedürfe jedoch eines besonderen gesetzlichen Schutzes nicht, wenn er nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung ermessen könne. Soweit der Minderjährige dazu in der Lage sei, könne er wirksam in den Eingriff einwilligen, womit dieser als rechtmäßig zu erachten sei.

1) BGHZ 29, 33; vgl. auch OLG München in NJW 1958, 633.

Dem BGH ist im Ergebnis zuzustimmen, denn mit der höchstpersönlichen Natur des Selbstbestimmungsrechts ist es nicht zu vereinbaren, schematisch die Regeln über die Geschäftsfähigkeit anzuwenden ¹⁾. Der Selbstbestimmungswille ist dann zu beachten, wenn der Mensch im Einzelfall nach seinen persönlichen Fähigkeiten in der Lage ist, diesen Willen sinnvoll und vernünftig zu betätigen. Da die Einsichts- und Urteilsfähigkeit von Alter und Geschäftsfähigkeit unabhängig ist, kann auch ein Minderjähriger, wenn er von Bedeutung und Tragweite des Eingriffs eine hinreichende Vorstellung hat, wirksam einwilligen. Gleiches gilt auch für eine generell erklärte Einwilligung zu den Maßnahmen des Arztes.

Im übrigen bedeutet die Sorgfaltspflicht des Arztes auch eine Gewähr dafür, daß der Minderjährige nicht Gefahr läuft, eine für sich nicht geeignete Entscheidung zu treffen, denn eine denkbare Interessenkollision wie bei einem Arztvertrag ist insofern nicht gegeben.

Fehlt einem Minderjährigen die notwendige geistige Reife und Einsichtsfähigkeit, so haben die Eltern gem. § 1626 II BGB oder der Vormund gem. § 1793 BGB die Einwilligung zu erteilen ²⁾.

Soweit der Minderjährige eine wirksame Einwilligung in den Eingriff erklären konnte, stellt sich noch die Frage, wie dazu das Vertretungsrecht des gesetzlichen Vertreters einzuordnen ist. An sich besteht für eine Vertretung kein Bedürfnis mehr, denn wenn der Minderjährige wirksam in die Verletzung persönlicher Rechtsgüter einwilligen kann, so muß dem Recht des Minderjährigen auf möglichste Entfaltung seiner Persönlichkeit der Vorrang vor dem elterlichen Sorgerecht eingeräumt werden ³⁾.

1)Vgl. Lenckner in ZStW 72, 456 ff.

2)Im Falle der Unehelichkeit des Minderjährigen kann nicht die Mutter die Einwilligung erklären, weil dieser nur die tatsächliche Personensorge zusteht und nicht das Vertretungsrecht (§ 1707 I BGB).

3)Vgl. OLG München in NJW 1958, 633/34; vgl. auch Lenckner aaO. S. 462.

Für den BGH ¹⁾ ist diese Vorrangigkeit offensichtlich nicht ganz eindeutig, denn er meint, dem Bestimmungsrecht des Minderjährigen stehe das elterliche Sorgerecht im Sinne von § 1626 I BGB jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Einholung der elterlichen Zustimmung nicht durchführbar sei und der Minderjährige unmittelbar vor Vollendung des 21. Lebensjahres stehe. Boehmer hat hierzu dargelegt, wenn der Minderjährige für fähig gehalten werde, selbst über ein höchst persönliches Gut, wie Gesundheit, Leben zu bestimmen, so sei er insoweit der elterlichen Gewalt "überhoben" ²⁾. Die elterliche Vertretungsmacht sei dann für die Rechtmäßigkeit des Eingriffs ohne Bedeutung.

Der Auffassung des BGH ist hinsichtlich des Verhältnisses von Sorgerecht und Selbstbestimmungsrecht nicht zu folgen. Die Frage des Rangverhältnisses läßt sich zutreffend nur entscheiden, wenn man das Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen in ein richtiges Verhältnis zur elterlichen Gewalt bringt. Die elterliche Gewalt steht den Eltern nicht um ihrer selbst willen, sondern im Interesse des Kindes zu. Der Minderjährige soll zu einer selbstverantwortlichen Persönlichkeit herangebildet werden. Hat der Minderjährige eine eigene Urteilsfähigkeit und eine geistige Reife erlangt, so steht die elterliche Gewalt seiner alleinigen Zuständigkeit, über einen an sich rechtswidrigen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre zu entscheiden, nicht entgegen. Die Entscheidung des Minderjährigen hat dann den Vorrang. Dies gilt aber nur, soweit die Entscheidung des Minderjährigen nicht auf sachfremden Erwägungen beruht oder offensichtlich fehlt. Insofern käme es wieder zu einem Entscheidungsrecht der Eltern ³⁾.

1) BGHZ 29, 33 ff.

2) Boehmer im MDR 1959, 707; vgl. auch Kohlhaas in MMW 1966, 2174; Krüger in FamRZ 1956, 329 ff.

3) In diesem Sinne vgl. Lenckner in ZStW 72, 462 f.; a. A. Boehmer aaO, der in jedem Falle die Entscheidung des Minderjährigen gelten lassen will.

II. Die Aufklärungsempfänger

In der Regel richtet sich die Aufklärung an den Patienten. Dies gilt auch dann, wenn der Kranke zwar noch minderjährig ist, aber bereits über eine geistige Reife und Einsichtsfähigkeit verfügt, die ihn die Tragweite und Bedeutung einer Entscheidung über einen ärztlichen Eingriff erkennen läßt. Soweit diese Voraussetzungen bei einem Minderjährigen nicht vorliegen oder der Patient geschäftsunfähig ist, hat der Arzt den gesetzlichen Vertreter, also die Eltern, einen Vormund oder Pfleger, entsprechend zu unterrichten.

Handelt es sich bei der Aufklärung des Arztes gegenüber dem Patienten um eine Obliegenheit, so kann sich diese zunächst nur an einen Patienten richten, der voll geschäftsfähig ist. Ist der Patient minderjährig und würde diesem erkennbar die notwendige Reife fehlen, eine wirksame Einwilligung in einen Eingriff zu erteilen, so käme als Berechtigter nur der gesetzliche Vertreter in Betracht ¹⁾. Die Aufklärung wäre also an die Eltern oder den Vormund zu richten, da der Arzt anders die den Eingriff rechtfertigende Einwilligung nicht erreichen könnte.

In einem solchen Fall erscheint es aber fraglich, ob der Arzt im Sinne einer Obliegenheit aufklären würde. Wenn der Arzt mit dem Einverständnis des gesetzlichen Vertreters den Minderjährigen behandelt, liegt es nahe, daß zwischen dem Arzt und dem gesetzlichen Vertreter ein Vertrag zu Gunsten des Minderjährigen geschlossen wurde mit der Folge, daß die Aufklärung auf Grund einer vertraglichen Pflicht vorgenommen wird. Soweit ein Vertrag vorliegt, tritt die Obliegenheit dann hinter die vertragliche Pflicht zurück, da diese die Pflicht minderen Grades und minderer Zwangsintensität überlagert. Weiterhin stellt sich noch die Frage, ob auch die Aufklärung dann an den Patienten zu richten ist, wenn der Behandlungsvertrag nicht zwischen ihm und dem Arzt abgeschlossen wurde. Ein solcher Fall läge z.B. vor, wenn die Behandlung

1) Vgl. oben S. 100.

zwischen einem Versorgungsverpflichteten ¹⁾ (z.B. im Rahmen eines Altenteilvertrages) und dem Arzt vereinbart würde oder die Eltern als gesetzliche Vertreter ihres (ggfls. auch eine ausreichende Erkenntnisfähigkeit besitzenden) minderjährigen Kindes Vertragspartner wären. Bei solchen Vereinbarungen handelt es sich um Verträge zu Gunsten Dritter ²⁾.

In der Mehrzahl der Krankheitsfälle sind es jedoch Kassenpatienten, die einen Kassenarzt zur Behandlung aufsuchen oder auch von einem Kassenarzt als Kassenpatienten in ein Krankenhaus überwiesen werden. Nach ständiger Rechtsprechung ³⁾ begründet auch hier der Vertrag zwischen Krankenkasse und Kassenarzt sowie bei Einweisung eines Kassenpatienten in ein Krankenhaus der Vertrag zwischen Krankenkasse und Träger des Krankenhauses ebenfalls einen Vertrag zu Gunsten des Kassenpatienten. Gemäß § 328 BGB erhält der jeweils Begünstigte, sei es der Altenteilsberechtigte, der Minderjährige oder der Kassenpatient einen unmittelbaren Anspruch gegen den Arzt, den Kassenarzt oder den Träger des Krankenhauses auf eine sachgemäße, sorgfältige Behandlung ⁴⁾.

Der Patient als Dritter erwirbt aus dem zu seinen Gunsten geschlossenen Behandlungsvertrag ein eigenes Forderungsrecht gegen den Arzt oder den Träger des Krankenhauses. Dies ist ein selbständiges Recht des Patienten, das neben das Recht des jeweiligen Versprechensempfängers bzw. der Krankenkasse tritt, die Leistung an den Patienten fordern zu

1) Vgl. Staudinger-Kaduk Vorm. § 328 Anm. 17; hier im Sinne von Versorgungsvereinbarungen z.B. bei Gutsübernahmeverträgen.

2) Vgl. Staudinger-Kaduk § 328 Anm. 17; Erman-Westermann § 328 Anm. 6/7; Soergel-Siebert § 328 Anm. 8.

3) BGHZ 1, 383 im Anschluß an das RG; BGH in NJW 1959, 816; vgl. auch Erman-Westermann aaO.

4) Vgl. Erman-Westermann § 328 An. 7 c; Staudinger-Kaduk aaO; Göppinger S. 54/55.

können ¹⁾. Damit entsteht aber kein Vertrag zwischen Arzt und Patient, sondern lediglich ein vertragsähnliches Verhältnis ²⁾. Das Forderungsrecht des Patienten und das des Versprechensempfängers sind zwei verschiedene Gläubigerrechte mit verschiedenem Inhalt, wobei es für den Inhalt des Rechts des Patienten darauf ankommt, ob der Wille des Versprechensempfängers dahin geht, dem Patienten sämtliche mit der eigentlichen Leistung zusammen-hängenden Ansprüche zu verschaffen. Dieser Wille des Versprechensempfängers ist in einem solchen Fall überhaupt immer anzunehmen, weil der Zweck des Behandlungsvertrages darauf gerichtet ist, den Patienten selbst unmittelbar alle mit der Leistung zusammen-hängenden Ansprüche wahrnehmen zu lassen ³⁾. Dazu ist auch die Aufklärung als Nebenpflicht zu rechnen, die der Arzt dem Patienten gegenüber schon deshalb erfüllen muß, weil die Wirksamkeit der Einwilligung in einen indizierten Eingriff die Aufklärung notwendig voraussetzt. Das bedeutet, daß die Aufklärung des Arztes nicht an den Versprechensempfänger geht, sondern an den Kranken, es sei denn, der Betroffene ist beschränkt geschäftsfähig und nicht im Besitz der notwendigen Reife und Erkenntnisfähigkeit oder geschäftsunfähig.

Der Versprechensempfänger kann auch gemäß § 335 BGB seinerseits von dem Arzt Aufklärung an den Patienten verlangen. Dem steht nicht entgegen, daß der Patient in erster Linie von dem Arzt Leistung verlangen kann. Da der Verpflichtete (die Krankenkasse bzw. der Versprechensempfänger) gegenüber

1) 1) Vgl. Staudinger-Kaduk Vorb. § 328 Anm. 15/29.

2) BGHZ 24, 327; Soergel-Siebert § 328 Anm. 10; Erman-Westermann Vorb. § 328 Anm. 3c.

3) Vgl. Staudinger-Kaduk § 328 Anm. 47; Erman-Westermann § 328 Anm. 6; Soergel-Siebert § 328 Anm. 2.

dem Berechtigten zugleich eine Fürsorgeaufgabe hat, besteht ein Interesse und auch ein Recht, gegenüber dem Versprechenden, daß die Leistung einschließlich sämtlicher Nebenpflichten erfüllt wird. Die Krankenkasse bzw. der jeweils Verpflichtete hätte ggfls. ein klagbares Recht auf Erfüllung der versprochenen Leistungen an den Patienten neben dessen eigenem Recht, auf Aufklärung klagen zu können, weil mit einer Klage die Fürsorgepflicht wahrgenommen würde. Das zu der Möglichkeit der Durchsetzung Gesagte gilt aber auch hier.

Im Falle der Einweisung eines Kassenpatienten in ein Krankenhaus bzw. bei einer Krankenhausbehandlung eines Kassenpatienten steht jedoch der behandelnde Arzt zu dem Kassenpatienten in keinen vertraglichen Beziehungen. Der vom Inhaber des Krankenhauses angestellte Arzt ist in der Regel nur diesem gegenüber verpflichtet, die Kassenpatienten sachgemäß zu behandeln. Die vom behandelnden Arzt an den Kranken bzw. dessen gesetzlichen Vertreter bezüglich eines Eingriffs zu richtende Aufklärung würde sich dann im Sinne einer Obliegenheit vollziehen, da es an einem die Obliegenheit überlagerndem Vertrag zwischen Arzt und Patient oder dessen gesetzlichen Vertreter fehlt.

Da Inhaber oder Träger von Krankenanstalten bzw. Universitätskliniken, wenn man hier von sogenannten Privatkliniken absieht, Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, könnte sich noch die Frage ergeben, inwieweit die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenhaus und Patient überhaupt bürgerlichrechtlicher Natur sind, was Voraussetzung ist für die hier behandelte Frage nach der Aufklärungspflicht bei ärztlichen Eingriffen. Die bürgerlichrechtliche Natur des Rechtsverhältnisses kann in der Regel angenommen werden ¹⁾, es sei denn, daß der Träger der Krankenanstalt Aufgaben der öffent-

1) Vgl. BGHZ 4, 138; 9, 145; vgl. BGH in NJW 1956, 1106.

lichen Fürsorge gegenüber dem Patienten mit den Mitteln des öffentlichen Rechts und mit öffentlichrechtlichen Maßnahmen erfüllen will ¹⁾. Nur in diesem Fall wären die Beziehungen zwischen Patienten und Inhaber des Krankenhauses öffentlich rechtlicher Natur.

1) Vgl. BGHZ 38,49: betrifft die Behandlung eines psychisch Kranken in einem psychiatrischen Krankenhaus.

III Die Ansprüche bei Verletzung der Aufklärungsobliegenheit und der Aufklärungspflicht

Bezüglich der Vorfrage, wann im einzelnen eine Verletzung der Aufklärungsobliegenheit und der vertraglichen Aufklärungspflicht vorliegt, kann auf die Untersuchung über den Umfang der Aufklärung verwiesen werden. Eine allgemein verbindliche Aussage darüber, wann eine Verletzung der Aufklärungspflicht gegeben ist, läßt sich im übrigen auch nur im Einzelfall machen. Da sich dies in einer Aufzählung unterschiedlichster Fälle erschöpfen würde, soll das Schwergewicht der Betrachtung auf die Frage des Schadens gelegt werden. Dieser kann u.U. dann problematisch werden, wenn der Eingriff rechtswidrig, aber erfolgreich war. Auszugehen ist zunächst von den möglichen Anspruchsgrundlagen auf Schadensersatz bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht.

1. Die Anspruchsgrundlagen bei Verletzung der Aufklärungsobliegenheit und der vertraglichen Aufklärungspflicht

Bei Verletzung der vertraglichen Aufklärungspflicht könnte ein Schadensersatzanspruch aus dem Gesichtspunkt einer positiven Forderungsverletzung in Betracht kommen ¹⁾. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich bei der fraglichen Aufklärungspflicht um eine Nebenleistungs- oder eine bloße Neben- oder Sicherungspflicht handelt. Diese Unterscheidung hat nur eine Bedeutung für die Möglichkeit einer selbständigen Geltendmachung des Anspruchs auf Aufklärung.

Eine Verletzung der Aufklärungspflicht kann sich im Rahmen eines ggfls. modifizierten Vertrages nicht allein daraus ergeben, daß der Arzt ohne Einwilligung des Patienten gehandelt hat, sondern auch wenn er Sorgfalts-, Obhuts- oder sonstige Aufklärungs- und Auskunftspflichten nicht beachtet hat.

1) Vgl. Staudinger-Weber § 241, Anm. 91 m w. Nachw.; Weitnauer in Der Betrieb 1961, Beil 21; Wiethölter, S. 107; Kleinewefers in VersR 1954, 349; Eberhardt, Diss.S.201ff.

Dieser Fall liegt z.B. dann vor, wenn der Patient sich während einer stationären Behandlung infiziert hat oder wenn der Arzt den Kranken nicht ausreichend darüber unterrichtet, wie er sich nach einer erfolgreichen Operation zu verhalten hat, so also Diät zu essen, bestimmte Medikamente regelmäßig zu nehmen, körperliche Anstrengungen zu vermeiden u.ä..

Die Verletzung einer vertraglichen Aufklärungspflicht löst ggf. auch einen Schadensersatzanspruch aus § 823 I und II BGB l.V.m. §§ 223 ff StGB aus. Wird ein Anspruch auf § 823 BGB gestützt, so kommt u.U. auch ein Anspruch auf Ersatz des immateriellen Schadens i.S. von § 847 BGB in Betracht.

Soweit es sich um die Verletzung der Aufklärungsobliegenheit handelt, kann ein Schadensersatzanspruch ledilgich aus § 823 BGB und weiterhin aus § 847 BGB geltend gemacht werden.

Der Tatbestand einer positiven Vertragsverletzung oder der Körperverletzung i.S. von § 823 BGB kann auch durch eine zu weitgehende Aufklärung erfüllt werden, durch die der Patient einen Schock erleidet (insbesondere bei einem psychisch schwachen Patienten). Der Schaden würde in einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes bestehen und u.U. eine zusätzliche Behandlung oder auch einen längeren Krankenhausaufenthalt erforderlich machen mit der weiteren Folge einer noch fortdauernden Arbeitsunfähigkeit. Dabei wird die Ursächlichkeit zwischen Aufklärung und Schockwirkung als gegeben angenommen.

Das Verschulden des Arztes oder des Trägers des Krankenhauses, der für den angestellten behandelnden Arzt als Erfüllungsgehilfe (§ 278 BGB) oder als Verrichtungsgehilfe (§ 831 BGB) haftet, braucht sich nur auf die haftungsbegründende Kausalität, begrenzt durch das Regulativ der Adäquanz, zu beziehen ¹⁾. Für den Fall, daß mit einer aus-

1) Enneccerus-Lehmann § 55 I/III, 7; vgl. Eberhard, Diss. S. 201.

reichenden Aufklärung schockbedingte Folgen eingetreten sind, ist zu prüfen, ob der Arzt die Auswirkung einer solchen Aufklärung erkennen konnte.

2. Das Problem des Schadens bei Verletzung der Aufklärungsobliegenheit und vertraglicher Aufklärungspflicht

Ein Schadensersatzanspruch besteht nur insoweit, unabhängig davon, ob eine Verletzung der Aufklärungsobliegenheit oder eine Verletzung einer vertraglichen Aufklärungspflicht vorliegt, so weit auch ein konkretisierbarer Schaden entstanden ist. Problematisch kann dies bei der Verletzung der einwilligungsrelevanten Aufklärung werden. Dabei ist zu trennen zwischen einem eigenmächtigen und erfolglosen und einem eigenmächtigen und erfolgreichen Eingriff.

Daneben sind noch die Fälle zu berücksichtigen, daß der Kranke durch die Aufklärung einen Schock erleidet oder daß der Arzt es unterlassen hat, den Patienten auf bestimmte Verhaltensweisen aufmerksam zu machen, wodurch sich eine Verschlechterung seines Zustandes, eine Nachbehandlung oder auch eine Verzögerung der Heilung einschließlich weiterer damit verbundener Folgen ergeben haben.

a) Der eigenmächtige und erfolglose Eingriff

Führt der eigenmächtige Eingriff zu einem Mißerfolg (kein Kunstfehler), sei es, daß nur ein schlichtes Mißlingen ohne weitere Folgen vorliegt ¹⁾, sei es, daß noch zusätzliche Schadensfolgen damit verbunden sind oder sei es, daß sich der Eingriff später als unnötig herausstellt, dann ist an Vermögens- und Körperschaden nicht zu zweifeln ²⁾.

Der Schaden liegt einmal in der Verletzung der körperlichen

1) Vgl. OLG München bei Friedrich in VersR 1954, 381.

2) Vgl. Weitnauer in Der Betrieb 1961, Beil. 21;
Kleinewefers in VersR 1964, 353.

Integrität, in den entstandenen Kosten für die eigenmächtige Behandlung, sowie gegebenenfalls für die notwendige Nachbehandlung weiterer Folgeschäden und auch in einem immateriellen Schaden für die erlittenen Schmerzen und auch u.U. für eine Narkoseübelkeit. Weiterhin kann sich ein Schaden daraus ergeben, daß der Betroffene noch arbeitsunfähig ist und nur verminderte Einkünfte bezieht. Denkbar ist auch ein Schaden, der sich daraus ergibt, daß die bisherige Tätigkeit nicht mehr ausgeübt werden kann und sich der Betroffene einen neuen Tätigkeitsbereich suchen muß, was mit zusätzlichen Kosten u.U. auch für eine Umschulung verbunden sein kann.

Der BGH ¹⁾ hat einen Schadensersatzanspruch in einem Fall anerkannt, in dem gegen den Willen des Patienten eine Augenoperation an einem durch einen Unfall beschädigten Auge vorgenommen wurde, durch welche der Patient auf diesem Auge erblindete. Inwieweit eine Erblindung infolge des Unfalles in jedem Falle eingetreten wäre (hypothetische Schadensfolge), mußte dahingestellt bleiben, da der Arzt insoweit beweisfällig geblieben war. Der BGH deutet aber darauf hin, wenn der Nachweis dafür erbracht würde, daß ab einem bestimmten Zeitpunkt die Schadensersatzpflicht entfallen könnte.

Damit wird deutlich, und der Rechtsprechung ist insoweit zuzustimmen, daß der Arzt für körperliche Einbußen sowie für sonstige schädliche Folgen unerlaubter - schuldhafter Eigenmachtverantwortlich zu machen ist, auch wenn er sonst lege artis gehandelt hat ²⁾.

1) BGH in JZ 1959, 773; es wurde Verdienstausschlag und Schmerzensgeld zuerkannt.

2) Vgl. BGH in VersR 1957, 409 u. in VersR 1959, 812.

b) Der eigenmächtige und erfolgreiche Eingriff.

Ist der eigenmächtige Eingriff erfolgreich verlaufen, d.h. wenn er ohne Verstümmelungen oder unangenehme Nebenwirkungen zum Ziel geführt hat, dann kann man im Hinblick auf die tatsächliche Förderung des Wohlbefindens nur von einem immateriellen Schaden sprechen, der dadurch entstanden ist, daß unter Mißachtung der Entscheidungsfreiheit ein schmerzhafter und ggf. auch mit noch einige Zeit anhaltendem Unwohlsein verbundener rechtswidriger Eingriff ausgeführt wurde.

In der Regel entsteht also bei einem eigenmächtigen erfolgreichen Eingriff kein Körperschaden. Der Arzt hat zwar eine Behandlung mit dem Kranken abgesprochen, jedoch hat er ihm gewisse entscheidungswesentliche Umstände, also z.B. den genauen Umfang oder bestimmte Risiken des Eingriffs vorenthalten. Der Patient war also mit einem Eingriff insoweit einverstanden, er wußte nur nicht, daß mit dem Eingriff weitere Folgen verbunden sein würden. Nicht anders wäre es auch, wenn der Arzt bestimmte aufklärungsbedürftige Risiken verschwiegen hätte, die sich aber im konkreten Fall nicht verwirklichten. In solchen Fällen bliebe nur noch ein immaterieller Schaden wegen einer rechtswidrigen Körperverletzung, soweit sich ein solcher ermitteln läßt, da an sich mit dem Eingriff auf jeden Fall Schmerzen, Unwohlsein u.ä. verbunden waren.

Kleinewefers ¹⁾ lehnt hier einen Anspruch auf Schmerzensgeld gemäß § 847 BGB ab, da besondere Schmerzen oder längeres Unwohlsein nicht vorliegen dürften. In der Rechtsprechung ²⁾ liegt ein Fall vor, in dem ein Anspruch gegeben wurde: Die Eltern hatten ihr 4 1/2-jähriges Kind in die Klinik zur Operation eines kompletten Leistenbruchs links gebracht.

1) Kleinewefers in VersR 1964, 353; a.A. Weitnauer in Der Betrieb 1961, Beil. 21.

2) LG Frankenthal in NJW 1955, 1113.

Der Arzt operierte auf der rechten Leistenseite, wo eine Bruchlage bestand. Den Leistenbruch links hatte er nicht diagnostiziert. Das Gericht erkannte auf DM 150,-- Schmerzensgeld.

Problematisch bleibt dennoch in diesen Fällen der Schmerzensgeldanspruch gemäß § 847 BGB. Gerade wenn der Kranke mit dem Eingriff einverstanden war, und nur die Gefahren nicht in vollem Umfang kannte, besteht die Verletzung letztlich in der Mißachtung der Entscheidungsfreiheit. Materielle Schäden oder körperbezogene Schäden wie Schmerzen sind im Zweifel nicht entstanden. Der BGH ¹⁾ hat, obwohl er einen Eingriff ohne Einwilligung als rechtswidrige Körperverletzung ansieht, in einem Fall dennoch auf Schmerzensgeld entschieden. Der Arzt hatte einer Patientin die Gebärmutter entfernt, obwohl nur eine Extirpation des Uterusmyoms vereinbart war, weil er bei dem Eingriff feststellte, daß die Gebärmutter völlig zerstört war. Ein Körperschaden war in diesem Falle nicht gegeben, weil die Entfernung der zerstörten Gebärmutter keine körperliche Einbuße bedeutete. Besondere körperliche Nachteile bestanden auch nicht. Der Senat erkannte ein Schmerzensgeld aber an und sah den Haftungsgrund darin, daß das Recht der Patientin verletzt wurde, in Freiheit und eigener Verantwortung darüber zu entscheiden, ob sie eine Totaloperation zulassen wollte. Weil ein Ausgleich wegen körperlicher Unbill nicht in Betracht kam, und um die Schmerzensgeldsanktion aufrecht zu erhalten, griff der Senat auf den Tatbestand einer Persönlichkeitsverletzung zurück. (!)

1) BGH in VersR 1967, 495; vgl. auch das Urteil der Vorinstanz LG Düsseldorf in NJW 1961, 2064.

Wenn bei eigenmächtigen erfolgreichen Eingriffen ein Körperschaden verneint wird, so bedeutet dies nichts anderes als eine Ausgleichung (i.S. einer Vorteilsausgleichung) zwischen dem Erfolg des Eingriffs (Förderung des Wohlbefindens) und der Körperverletzung. Der durch den rechtswidrigen Eingriff herbeigeführte Schaden wird durch den Vorteil ausgeglichen.

Dies kommt auch in der Rechtssprechung zum Ausdruck ¹⁾. Der BGH hat ausdrücklich anerkannt, daß die immateriellen Vorteile eines eigenmächtigen erfolgreichen Eingriffs wie Besserung des Gesundheitszustandes u.ä. gegen die Nachteile, wie Schmerzen u.ä. aufgehoben werden. Demgegenüber ist aber auch ein Fall zu berücksichtigen, in dem der BGH ²⁾ einen Schmerzensgeldanspruch anerkannte. Der Arzt entfernte bei einer Patientin ohne ihre Einwilligung die Brust wegen krebserdächtiger Knotenbildung völlig. Der Senat stellte sich auf den Standpunkt, daß es nicht anginge, die seelische Beeinträchtigung, die die Patientin infolge der Brustamputation erlitten habe, durch die Befreiung von einer Krebsgefahr als teilweise aufgewogen zu betrachten.

Damit kommt zum Ausdruck, daß das Schmerzensgeld allein die Funktion hat, Genugtuung für die Rechtsverletzung zu gewähren. Dem Kranken soll ein Ausgleich zur Verfügung stehen für den immateriellen Schaden bei einem rechtswidrigen aber zu keinem Schaden führenden Eingriff. Unter solche immateriellen Schäden fallen Schmerzen, Übelkeit, Narben, Krankenlager, seelische Belastungen u.ä.. Dabei entspricht es jedoch allgemeinen Überlegungen der Billigkeit, daß sich der Patient das anrechnen lassen muß, was ihm durch den an sich erfolgreichen Eingriff zugefallen ist. Mit Recht hat der BGH ³⁾ daher in der bereits

1) Vgl. z.B. BGH in VersR 1967, 495.

2) BGH in VersR 1958, 552.

3) Vgl. BGH in VersR 1967, 495.

genannten Entscheidung darauf hingewiesen, daß die erfolgreiche Operation den Patienten vor psychischen Belastungen über die Möglichkeit eines Fortschreitens oder Wiederauftretens der Krankheit bewahrt hat, so daß im Ergebnis ein Anspruch auf Schmerzensgeld entfällt. In diesem Zusammenhang kann auch noch auf ein Urteil des OLG Karlsruhe ¹⁾ verwiesen werden, in dem die lebensverlängernde Wirkung eines ärztlichen Fehlers Berücksichtigung fand und den zusätzlichen wenn auch geringen Schmerzen gegenübergestellt wurde. Bei einer Mastdarmresektion war ein Bauchtuch, das zur Stabilisierung der Wunde diente, bei der Nachkontrolle nicht entfernt worden, so daß es langsam herauseiterte, was nach ärztlicher Erkenntnis das Fortschreiten der Wucherungen zeitweise aufhielt.

In die Reihe eigenmächtiger erfolgreicher Eingriffe gehören auch die aus stärkster Not befreienden oder lebensrettenden Maßnahmen. So hatte das RG ²⁾ einen Fall zu entscheiden, in dem ein Arzt einer unter Herzbeschwerden leidenden Patientin gegen deren Willen eine unmittelbar lebensrettende Kampferinjektion verabreicht hatte, die jedoch zu einem Absterben des Unterarms führte, so daß dieser am folgenden Tage amputiert werden mußte. Die ärztliche Maßnahme hatte zwar den angestrebten Zweck, die Lebensrettung, erreicht, aber mit der weiteren Folge eine Verstümmelung, die nicht nur einen Körperschaden bedeutete, sondern mit der auch Krankenhauskosten, Schmerzen sowie dauernde körperliche Behinderung verbunden waren. Das Urteil läßt nicht erkennen, für was im einzelnen ein Schadensersatzanspruch zugesprochen wurde. Eine Vorteilsausgleichung zwischen der Lebensrettung und den schweren weiteren Folgen der Maßnahme dürfte m.E. aber einen Anspruch wegen Körperverletzung und anderer materieller Schäden nicht dagegen einen Anspruch wegen immaterieller Schäden aufheben ³⁾. Dies mag ein Schulbeispiel

1) OLG Karlsruhe in VersR 1965, 794

2) RGZ 151, 349.

3) So wie hier auch Weitnauer in Der Betrieb 1961, Beil. 21; liegt.

verdeutlichen ¹⁾: Eine Mutter mehrerer Kinder erhielt gegen ihren durch religiöse Überzeugung bestimmten Willen eine lebensrettende Bluttransfusion. Sie erkrankte an einem Einstichabzess, dessen Heilung Kosten verursachte. Ein Vermögensschaden wird man hier verneinen können, denn dem Kranken ist das Leben als höchstes Gut erhalten geblieben, auch wenn damit zunächst gewisse Beeinträchtigungen verbunden waren. Der Kranke wird deshalb aber nicht schutzlos, denn gemäß § 847 BGB hat der Arzt, der schuldhaft das Selbstbestimmungsrecht des Kranken verletzt, Schmerzensgeld zu leisten, womit dem Richter ein elastisches Instrument zur Verfügung steht, der Schwere des Falles und dessen Eigenart entsprechen zu können.

c) Sonstige Fälle

Ein materieller und immaterieller Schaden kann sich auch daraus ergeben, daß durch die Aufklärung der Patient einen Schock erleidet oder daß sich durch die psychische Belastung einer genauen Kenntnis der Schwere der Krankheit der Heilungsprozeß verzögert.

Im Rahmen des Vertragsrechts ist auch noch eine Aufklärungspflicht zu berücksichtigen, die auf die Sicherung des Heilerfolges gerichtet ist. Eine Schadensersatzauslösende Verletzung der Aufklärungspflicht liegt dann vor, wenn es der Arzt versäumt, den Kranken nach einem erfolgreichen Eingriff oder auch überhaupt nach einer Behandlung auf bestimmte Verhaltensweisen aufmerksam zu machen, und über die Folgen einer Nichteinhaltung solcher Anweisungen aufzuklären, so z.B. auf die Gefahren einer Ansteckung ²⁾ hinzuweisen oder auf die Einschränkung körperlicher Anstrengungen sowie auf die Notwendigkeit einer Nachbehandlung

1) Vgl. Laufs in NJW 1969, 532.

2) Vgl. BGH in VersR 1960, 419.

aufmerksam zu machen, weil z.B. die abgebrochene Nadelspitze einer Spritze noch nicht aus der Haut entfernt war.¹⁾ In der Praxis dürften jedoch solche Fälle einer Aufklärungspflichtverletzung selten relevant und Gegenstand einer Schadensersatzklage werden.

1) Vgl. LG Gießen in NJW 1956, 1111.

Lebenslauf

Am 28.9.1932 wurde ich als ältestes von vier Kindern des Kaufmanns und Fabrikanten Johann Wilhelm Winkhaus und seiner Ehefrau Maria, geb. van der Heyde, in Lüdenscheid geboren.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach Besuch der Volksschule, dann des Albrecht - Dürer Gymnasiums in Hagen, wo meine Eltern bis zur Übersiedlung nach Carthausen 1943 lebten, und anschließend des Zeppelin-Gymnasiums in Lüdenscheid bestand ich dort im März 1954 das Abitur.

Das Studium der Rechtswissenschaft nahm ich im gleichen Jahr an der Universität in Freiburg (BrsG.) auf und setzte es an der Universität in Münster fort. Im Februar 1960 legte ich am OLG Hamm die 1. juristische Staatsprüfung ab. Die 2. juristische Staatsprüfung folgte im April 1965 am Bayerischen Staatsministerium der Justiz in München.

Von September 1965 bis Juni 1968 war ich als Wirtschaftsprüfungsassistent in der Bayerischen Treuhand AG in München tätig. Ab Juli 1968 bis August 1969 befasste ich mich ausschliesslich in Münster mit der vorliegenden Dissertation. Seit September 1969 stehe ich in Diensten der Paulaner-Salvator-Thomasbräu AG in München. Bei den Landgerichten München I und II bin ich seit September 1965 als Rechtsanwalt zugelassen.

